This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Digitized by Google

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK GENT
900000
Digitized by Google

Digitized by Google

Gr - 336

Digitized by Google

QUESTIONS
DE DROIT.

SUB.-TES.

Digitized by Google

IMPRIMERIE DE H. REMY,

RUE DES PAROISSIENS, N° 232.

Digitized by Google

RECUEIL ALPHABÉTIQUE

DE

QUESTIONS DE DROIT,

QUATRIÈME ÉDITION,

REVUE, CORRIGÉE ET CONSIDÉRABLEMENT AUGMENTÉE,

PAR M. MERLIN,

Ancien Procureur-Général à la Cour de Cassation.

TOME QUINZIÈME.

Bruxelles.

H. TARLIER, LIBRAIRE-ÉDITEUR,

RUE DE LA MONTAGNE, N° 306.

1830.

Digitized by Google

Digitized by Google

RECUEIL

ALPHABÉTIQUE

DES

QUESTIONS DE DROIT,

QUI SE PRÉSENTENT LE PLUS FRÉQUEMMENT DANS LES TRIBUNAUX.

SUBSTITUTION FIDÉICOMMISSAIRE, §. I.

SUBSTITUTION FIDÉICOMMISSAIRE. §. I. *Avant la loi du 14 novembre 1792, les Substitutions fidéicommissaires valaient-elles, dans la coutume de Nivernais, par forme de legs ?*

J'ai soutenu la négative dans les deux premières éditions du *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Substitution fidéicommissaire*, sect. 1; mais j'ai annoncé en même temps que Coquille avait établi une doctrine contraire.

Et c'est ce qui a engagé en 1785 un anonyme à proposer dans la *Gazette des tribunaux*, tome 19, page 30, la question de savoir à laquelle des deux opinions l'on devait se tenir.

M. Guyot de Sainte-Hélène a répondu à cette question dans les termes suivans :

« Quant à l'institution testamentaire, point de difficulté, l'avis de Coquille est bon..... Quant à la substitution, c'est autre chose. Les coutumes d'Auvergne, chap. 12, art. 53, de Bourbonnais, 324, et de la Marche, art. 353, déclarent que, faite par testament, la substitution *ne vaut ni par légat ni autrement;* c'est aussi cette disposition qu'il faut lire dans celle de Nivernais. Cela se prouve en quatre mots.

» L'institution testamentaire vaut, à Nevers, comme legs; ainsi, les mots, *ni autrement*, qu'on ne peut supposer avoir été mis sans objet, sans dessein et en pure perte, dans l'article dont il s'agit, ne regardent point l'institution; ils regardent donc absolument la substitution; ils en prononcent donc la nullité absolue.

» Si cela ne paraît pas d'abord aussi clair qu'il devrait l'être, il faut s'en prendre au rédacteur, qui, suivant pied à pied les coutumes ci-dessus citées, et ne voulant faire qu'un seul article de ce qui en forme deux, s'est embarrassé dans la matière, au point qu'il est devenu presque inintelligible.

» Nous connaissons cependant une consultation de quatre avocats très-éclairés du bailliage de Nevers, qui décide conformément à l'avis de Coquille; nous connaissons même trois arrêts, dont l'un confirme, les deux autres statuent sur des Substitutions testamentaires. Mais outre que la consultation ci-dessus n'atteste et ne prouve point l'usage, c'est que le premier des arrêts cités est rendu contre des créanciers qui n'ont point droit au bénéfice de l'article dont il s'agit; c'est que la substitution qui a occasioné les deux autres, n'était point contestée. Ainsi, la question est entière (1) ».

A la vue de cette réponse, j'ai voulu m'assurer de l'usage de la province de Nivernais, tant sur les institutions d'héritier que sur les substitutions testamentaires. On a déjà vu, à

(1) *Gazette des Tribunaux*, tome 18, page 361.

Digitized by Google

l'article *Héritier*, §. 7, ce que m'a écrit sur le premier objet le doyen des avocats de Nevers; voici ce que contient la même lettre par rapport au second :

« Sur la seconde question, concernant la substitution d'héritier par testament, soit à la suite d'une institution d'héritier, soit sans institution précédente, je pense également qu'elle doit avoir son exécution pour tout ce dont le testateur avait droit de disposer, suivant l'art. 1er du même chapitre *des testamens et des codicilles* de notre coutume.

» Et comment pourrait-on être d'un avis contraire, lorsqu'il est constant que, dans tous les cas, la substitution est ou une institution, ou une condition et une charge de l'institution, et qu'il est certain qu'on peut imposer à sa libéralité et à tout ce dont on peut disposer, telles charges qu'on juge à propos, et que tout dépend de la volonté du testateur? J'ai vu nombre de substitutions de l'une et l'autre espèce par testament; jamais aucune n'a été contredite ni attaquée, sinon pour les retranchemens et distractions dont les dispositions testamentaires sont susceptibles. Tel fut toujours notre usage, notre jurisprudence : voilà ce que je puis attester ».

Cet usage, cette jurisprudence doivent sans contredit l'emporter sur l'avis de M. Guyot de Sainte-Hélène, qui, au surplus, n'est fondé que sur une interprétation inexacte des termes *ni autrement*. Ces termes ne signifient pas qu'une substitution ne vaut, ni comme telle, ni à tout autre titre; mais bien qu'on ne peut substituer, soit par testament, soit par un autre acte. Le seul contexte de l'art. 10 prouve que le rédacteur n'a pas voulu dire autre chose, et cela ne touche nullement à la question de savoir si une substitution d'héritier, nulle comme telle, doit ou ne doit pas être exécutée, soit comme legs, si elle est faite par testament, soit comme donation simple, si elle est faite par un acte entre-vifs.

§. II. *Quel est l'effet des conjectures dans les Substitutions fidéicommissaires faites avant l'ordonnance du mois d'août 1747?*

Cette question, et une autre qui est indiquée sous les mots *Rente constituée*, §. 4, sont traitées dans le plaidoyer suivant, que j'ai prononcé à l'audience de la cour de cassation, section des requêtes, le 11 ventôse an 11, sur le recours formé par la veuve d'Anselme-Albéric Bourdon, contre un arrêt de la cour d'appel de Douai, du 24 floréal an 10, rendu en faveur du sieur et de la dame Franqueville :

« La demanderesse attaque, comme contraire à l'ordonnance du mois d'août 1747, comme violant *la loi du testament*, et comme renfermant un excès de pouvoir, la disposition du jugement du tribunal d'appel de Douai, du 24 floréal an 10, qui la déboute de sa prétention au tiers des rentes échues à Amé Bourdon, son beau-père, par le partage fait entre lui et son frère aîné, le 7 août 1746.

» Pour bien apprécier les moyens de cassation qui vous sont proposés à cet égard, il importe de nous fixer exactement sur les faits.

» La demanderesse, en vertu de l'*entravestissement par lettres* ou don mutuel, qui avait été passé à Arras, entre elle et Anselme-Albéric-François Bourdon, son mari, le 17 septembre 1790, est devenue, par le décès de celui-ci, arrivé le 1er octobre 1792, propriétaire de toutes les rentes réputées meubles, dont il avait lui-même la libre propriété.

» Par la coutume d'Arras, les rentes constituées sont rangées dans la classe des effets mobiliers; et comme c'est la loi du domicile du créancier d'une rente qui en détermine la nature par rapport à lui, nul doute qu'Anselme Albéric-François Bourdon n'ait possédé comme meubles, les rentes qui étaient échues à Amé Bourdon, son père, par le partage du 7 août 1646, et que ce dernier lui avait ensuite transmises.

» Nul doute par conséquent que, si ces rentes n'étaient grevées, dans sa personne, d'aucune de ces Substitutions fidéicommissaires qui n'ont été abolies que par la loi du 14 novembre 1792, c'est-à-dire, six semaines après sa mort, il ne les ait transmises en pleine propriété à la demanderesse.

» Mais aussi, nul doute que la demanderesse ne soit sans droit à ces rentes, si elles n'étaient possédées par son mari, qu'à la charge d'une substitution.

» Ainsi, ces rentes étaient-elles ou n'étaient-elles pas fidéicommissées dans la personne du mari de la demanderesse? Voilà toute la question.

» Vous vous rappelez qu'Anselme-Albéric-François Bourdon, mari de la demanderesse, était né d'un premier mariage d'Amé Bourdon, et que celui-ci avait eu d'un second mariage deux autres enfans, François-Norbert Bourdon et la dame Franqueville. Vous vous rappelez encore qu'Amé Bourdon était le frère puîné de François Bourdon d'Haucourt, et que le père commun de l'un et de l'autre était Jean-Jérôme Bourdon. Vous savez enfin,

Digitized by Google

que c'est de Jean-Jérôme Bourdon que proviennent les rentes litigieuses, et que c'est par un testament du 31 janvier 1742, qu'il en a disposé entre ses deux fils. C'est donc à ce testament que nous devons nous attacher, pour savoir si Jean-Jérôme Bourdon a voulu qu'elles fussent grevées de fidéicommis dans la personne de son petit-fils Anselme-Albéric-François, mari de la demanderesse.

» Ce testament contient, par rapport aux rentes dont Jean-Jérôme Bourdon était propriétaire, deux dispositions qu'il faut bien distinguer.

» Jean-Jérôme Bourdon avait des rentes sur le domaine de la ville de Cambrai; il en avait d'autres sur différens particuliers.

» Par une première disposition, divisée en deux clauses qui présentent le même résultat, Jean-Jérôme Bourdon donne par préciput à Amé Bourdon, son fils puiné, ses rentes sur le domaine et celle qu'il avait sur Hilarion Lechien, *pour appartenir, après son décès, à ses enfans de son second mariage, que je fais* (dit-il) *héritiers les uns des autres; voulant qu'à leur défaut, lesdites rentes succèdent et retournent à Anselme-Albéric-François, mon petit-fils, leur frère de père; et en cas qu'il meure sans enfans, à mon fils aîné d'Haucourt.*

» Cette première disposition, comme le remarque très-bien la demanderesse, en présente plusieurs qu'il est essentiel de bien saisir. 1° Legs au profit d'Amé Bourdon, des rentes sur le domaine de la ville de Cambrai et sur Hilarion Lechien; 2° charge de substitution immédiate au profit des enfans du second lit seulement; 3° substitution réciproque de ces mêmes enfans entre eux; 4° éventuellement, et au défaut des enfans du second lit, ses frères et sœurs consanguins, Anselme-Albéric-François Bourdon, mari de la demanderesse, est appelé à recueillir le fidéicommis; 5° enfin, dans le cas de décès d'Anselme-Albéric-François Bourdon, sans enfans, celui-ci est chargé de transmettre le fidéicommis éventuel à son oncle François Bourdon-d'Haucourt.

» Vient ensuite la seconde disposition, dans laquelle sont comprises les autres rentes du testateur; et voici dans quels termes elle est conçue : *Je veux que toutes les autres rentes que celles ci-dessus qui tomberont à mon fils Amé, dans le partage qui en sera fait entre lui et mon fils François d'Haucourt, tiennent nature d'immeubles, et appartiennent après sa mort à ses enfans, tant du premier que du second lit, et soient assujéties aux conditions que j'ordonne pour celles du domaine et celle due par Lechien.*

» Ici, comme vous le voyez, le testateur fidéicommisse encore, dans la personne de son fils Amé, les rentes qu'il lui laisse; mais ce n'est pas seulement en faveur de ses enfans du second lit, c'est aussi en faveur d'Anselme-Albéric-François Bourdon, son fils de premières noces.

» Voilà donc une substitution à laquelle Anselme-Albéric-François Bourdon est appelé concurremment avec son frère et sa sœur consanguins, François-Norbert Bourdon et la dame Franqueville.

» Mais qu'arrivera-t-il, si, après avoir recueilli leur part dans cette substitution, François-Norbert Bourdon et la dame Franqueville, enfans du second lit d'Amé Bourdon, viennent à mourir sans enfans? Indubitablement, la part de chacun d'eux dans les rentes fidéicommissées, retournera à Anselme-Albéric-François Bourdon, leur frère consanguin. Cela résulte de la clause qui termine cette disposition fidéicommissaire : *et soient assujéties aux conditions que j'ordonne pour celles du domaine et celle due par Lechien.*

» Que, si, au contraire, les enfans du second lit survivent au fils du premier, et que celui-ci ne laisse pas d'enfans, que deviendra sa part dans les rentes fidéicommissées? Elle retournera, suivant le jugement du tribunal d'appel de Douai, aux enfans du second lit, parcequ'étant *assujéties aux conditions ordonnées pour les rentes dues par le domaine et par Lechien*, elles se trouvent frappées de la clause de la première disposition, qui rend les appelés à celles-ci *héritiers les uns des autres;* et par conséquent cette clause leur devient commune dans toute son étendue.

» Mais, s'il en faut croire la demanderesse, *les simples lumières de la droite raison* devaient conduire le tribunal d'appel de Douai à un jugement tout opposé. Une disposition, dit-elle, qui renvoie à une autre, ne l'augmente point, elle n'y ajoute rien; seulement elle en fait l'application, elle la rend commune au cas pour lequel ce renvoi est fait. Or, par la première disposition à laquelle renvoie la seconde, Anselme-Albéric-François Bourdon n'était grevé de rien envers les enfans du second mariage de son père; il ne l'était qu'envers son oncle François Bourdon-d'Haucourt. La seconde disposition ne le grève donc également qu'envers ce dernier : elle ne le grève donc pas envers ses frères et sœurs consanguins. Et comme François Bourdon-d'Haucourt était mort avant lui, il est clair qu'il est lui-même décédé propriétaire libre de la portion des rentes dont il s'agit. Le tribunal d'appel de Douai a donc créé, en fa-

Digitized by Google

veur des enfans du second lit, une substitution qui n'existait pas.

» Il faut convenir que ce raisonnement a quelque chose de spécieux. Cependant si nous saisissons bien l'esprit des deux dispositions du testateur, il sera difficile de ne pas reconnaître que le tribunal d'appel de Douai a bien jugé.

» Sans doute, par la première disposition, par celle qui concerne les rentes dues par le domaine et par Hilarion Lechien, Anselme-Albéric-François Bourdon n'est grevé qu'en faveur de son oncle, François Bourdon-d'Haucourt; il ne l'est pas en faveur de ses frère et sœur consanguins. Mais pourquoi? Parcequ'il n'est appelé qu'au défaut de ceux-ci; parceque ses frère et sœur consanguins sont seuls appelés aux rentes dues par le domaine et par Hilarion Lechien; parcequ'il ne peut pas être grevé en leur faveur, d'objets auxquels il n'aura droit que par la transmission qu'ils lui en auront faite par le décès de chacun d'eux.

» Mais, par la seconde disposition, il est appelé aux autres rentes concurremment avec ses frère et sœur consanguins. Il ne serait donc pas étonnant qu'il fût grevé en leur faveur, comme ils le sont à son profit; et il ne s'agit plus que de savoir si telle a été l'intention du substituant.

» Or, qu'a dit le substituant? Je veux que mes autres rentes appartiennent, après la mort de mon fils Amé, *à ses enfans tant du premier que du second lit, et soient assujéties aux conditions que j'ordonne pour celles du domaine et celle due par Lechien.* Et ces conditions, quelles sont-elles? C'est notamment, et par-dessus tout, que les appelés *seront héritiers les uns des autres.*

» A la vérité, les appelés à l'égard desquels la première disposition s'explique ainsi, sont les enfans du second lit seulement; mais aussi, par la seconde disposition, le fils du premier mariage est appelé comme les enfans du deuxième. Il est donc bien naturel d'appliquer, dans la seconde disposition, au fils du premier mariage, la condition que la première disposition impose aux enfans du second.

» Et il y a ici une raison bien déterminante, non seulement pour légitimer, mais même pour forcer, pour nécessiter cette application, ou, si l'on veut, cette extension.

» Certainement on ne présumera jamais que Jean-Jérome Bourdon ait voulu que, dans la succession de son petit-fils Anselme-Albéric-François, Bourdon-d'Haucourt, son oncle, pût être préféré à ses frère et sœur consanguins. C'est cependant à cette présomption outrageante pour la nature, que conduit directement le système de la demanderesse; car, dans ce système, Anselme-Albéric-François Bourdon n'étant grevé qu'en faveur de Bourdon-d'Haucourt, son oncle, il est évident que, si Bourdon-d'Haucourt ne fût pas mort avant lui, il eût succédé aux rentes litigieuses, à l'exclusion de Norbert-François Bourdon et de la dame Franqueville.

» Et peut-il entrer dans la pensée d'un homme raisonnable, que le testateur, après avoir témoigné une affection si particulière pour les enfans du second mariage de son fils Amé, en les appelant seuls au fidéicommis dont il le grevait par rapport aux rentes comprises dans sa première disposition, ait ensuite cherché à les exclure pour toujours de la portion de ses autres rentes à laquelle il appelait leur frère consanguin Anselme-Albéric-François? Peut-il entrer dans la pensée d'un homme raisonnable, qu'il ait voulu faire passer cette portion de rentes à un oncle d'Anselme-Albéric-François, dans le cas où celui-ci eût laissé un frère et une sœur, un frère et une sœur qui devraient lui être plus chers qu'un oncle, un frère et une sœur que le testateur lui-même avait signalés comme ses enfans de prédilection?

» Nous osons le dire, le tribunal d'appel de Douai n'aurait pas pu juger autrement qu'il l'a fait, sans fouler aux pieds l'intention manifeste du testateur.

» Mais, au surplus, quand cette intention ne serait pas aussi évidente, quand le tribunal d'appel de Douai aurait suppléé, par une conjecture plus ou moins probable, à l'expression littérale d'un fidéicommis en faveur des frère et sœur consanguins du mari de la demanderesse, aurait-il, pour cela, comme on le prétend, violé les dispositions de l'ordonnance du mois d'août 1747?

» C'est demander, en d'autres termes, s'il a dû appliquer l'ordonnance de 1747 à un testament fait en 1742, c'est-à-dire, s'il a dû violer l'art. 55 du tit. 2 de cette ordonnance elle-même, qui refuse expressément tout effet rétroactif à celles de ces dispositions *qui concernent la validité ou l'interprétation des actes portant substitution.*

» Du reste, qui est-ce qui ignore que les lois romaines, les seules qui, avant l'ordonnance de 1747, régissaient la ville de Cambrai, en matière de substitutions, donnaient aux conjectures, dans les fidéicommis, la plus grande latitude? Qui est-ce qui ignore que la loi 7, C. *de fideicommissis*, laissait entièrement à l'arbitrage du juge, la question de

Digitized by Google

savoir si l'intention de faire un fidéicommis était suffisamment annoncée? *Voluntatis defuncti quæstio in æstimatione judicis est :* tels étaient les termes de cette loi. Les lois 64, D. *de legatis* 2°, et 57, §. 1, D. *ad trebellianum*, portaient la même chose; et la première en donnait cette raison : c'est, disait-elle, qu'il ne s'agit, en cette matière, que de chercher une volonté purement précaire : *In causâ fideicommissi, utcumque precaria voluntas quæritur, conjectura potuit admitti.* Aussi Cujas, tome 1er, page 390, ne manque-t-il pas d'observer, d'après ces textes, que, *in causâ fideicommissariæ substitutionis, conjectura voluntatis sufficit, etiamsi verba non sufficiant.*

» Et qu'on ne vienne pas nous opposer l'art. 17 de l'édit perpétuel de 1611, qui, devançant à cet égard l'ordonnance de 1747, a voulu, pour les provinces belgiques, que les testateurs qui voudraient faire des substitutions, expliquassent *clairement par instrument qu'ils en feraient dresser, leurs volontés et intentions, lesquelles voulons*, a-t-il ajouté, *être* PONCTUELLEMENT *suivies.* Ce n'est pas dans une des provinces belgiques, qu'a été fait le testament dont il est ici question. Il a été fait à Cambrai; et vous savez qu'avant les conquêtes de Louis XIV, la ci-devant province de Cambrésis était, comme le pays de Liége, une portion intégrante de l'empire d'Allemagne; que les appels des jugemens rendus par les tribunaux de cette contrée, se portaient, non à Bruxelles, non à Malines, mais à la chambre impériale de Spire, ainsi que le déclare expressément la coutume, tit. 27, art. 2; et qu'enfin, jamais l'édit perpétuel de 1611 n'a fait loi dans le ci-devant Cambrésis (1).

» Et, après tout, il ne faut pas croire que l'édit de 1611 ni même l'ordonnance de 1747 aient proscrit toutes les conjectures dans les fidéicommis. L'édit de 1611 donne lui-même la preuve du contraire, en déclarant, art. 8, que les enfans mis dans la condition, seront, par cela seul, censés appelés; et l'ordonnance de 1747, tout en proscrivant pour l'avenir cette interprétation, l'a néanmoins consacrée pour le cas où les enfans placés dans la condition, seraient chargés de restituer à d'autres. Preuve évidente, dit Thévenot-d'Essaules, dans son *Traité des Substitutions Fidéicommissaires*, page 92, que, même depuis l'ordonnance de 1747, il ne faut pas, *pour admettre ou pour étendre les fidéicommis, une disposition littérale et expresse; que la preuve tacite et par induction suffit encore, et que cette preuve se rencontre toutes les fois que l'induction et évidente est inévitable.*

» Or, dans notre espèce, nous avons démontré que, du testament de Jean-Jérome Bourdon, du 31 janvier 1742, il sort une *induction évidente et inévitable* que son intention a été de grever le mari de la demanderesse envers ses frère et sœur consanguins. Il a donc été, sous tous les rapports, bien jugé par la disposition du jugement attaqué qui déboute la demanderesse de sa prétention au tiers des rentes échues à Amé Bourdon, par le partage fait entre lui et François Bourdon-d'Haucourt, son frère aîné, le 7 août 1746.

» Les mêmes raisons justifient la disposition de ce jugement, qui concerne deux capitaux, l'un de 4,500, l'autre de 2,500 florins, réclamés par la demanderesse, et que Jean-Jérôme Bourdon avait fidéicommissés dans les mêmes termes que les rentes dont nous venons de parler.

» Il en est encore de même, sous le rapport du fidéicommis, d'un autre capital de 10,000 florins, que Jean-Jérôme Bourdon avait promis à son fils Amé, par le contrat de son premier mariage.

» Mais la demanderesse attaque encore par un autre moyen, la disposition du jugement du tribunal d'appel, qui rejette sa prétention à ce capital; et pour apprécier ce moyen, il faut nous reporter au contrat du premier mariage même d'Amé Bourdon, ainsi qu'au testament de Jean-Jérôme Bourdon, son père.

» Jean-Jérôme Bourdon, en mariant son fils Amé, le 7 octobre 1722, avec la demoiselle Delacharité, mère du mari de la demanderesse, s'oblige, par un acte séparé, de lui payer, *sitôt le mariage consommé, la somme de* 10,000 *florins une fois, pour faire partie de son portement*, terme du pays qui répond à celui *d'apport.*

» Ensuite, par le contrat de mariage passé le même jour et au même instant, il est dit : *A l'égard des portemens de l'un et de l'autre des futurs marians, iceux ont déclaré en être apaisés et de s'en tenir pour contens, notamment de la promesse faite à cet instant au futur mariant, par ledit sieur Bourdon, pardevant les notaires soussignés en dehors, pour ne faire qu'un avec le présent acte, sans vouloir qu'il en soit fait aucune autre spécification plus particulière.*

» Le contrat de mariage ajoute : *Les biens*

(1) Cette assertion est-elle bien exacte? *V.* l'article *Secondes noces*, §. 4.

Digitized by Google

des futurs marians, tant en fonds de terres, maisons, que lettres de rentes héritières qui leur appartiennent actuellement, ensemble ceux de même nature qui leur écherront et succéderont pendant leur conjonction, où ils soient situés et assis, sortiront nature de propres à eux et aux leurs de leur côté et ligne, non à l'effet d'induire de là aucune substitution, mais seulement pour empêcher que le survivant ne puisse succéder, jouir ni autrement profiter de ceux que délaissera le premier mourant, ni même devenir héritier de ses enfans, quant à ce.

» Ce contrat, comme vous le voyez, distingue deux choses, les apports des futurs époux et leurs propres.

» Les apports ne sont pas spécifiés; seulement on voit par l'acte séparé du même jour, que celui d'Amé Bourdon était de 10,000 florins. Mais observons bien que cette somme de 10,000 florins doit être payée à Amé Bourdon immédiatement après la célébration du mariage. Ainsi, ce n'est pas une rente que son père lui constitue à raison de cette somme, c'est un capital exigible qu'il lui promet. Et de là il suit nécessairement qu'on ne peut pas appliquer à cette somme de 10,000 florins, la clause par laquelle il est stipulé que les rentes dont chacun des futurs époux se trouvera propriétaire au moment du mariage, lui tiendront nature de propres à lui et aux siens de son côté et ligne. On voit, à la vérité, par le testament de Jean-Jérôme Bourdon, du 31 janvier 1742, qu'à cette époque, la somme de 10,000 florins n'était pas encore payée en entier à Amé Bourdon, et que son père lui *faisait la rente de ce qui en restait dû.* Mais est-ce à dire pour cela que les 10,000 florins avaient été constitués en rente, et surtout qu'ils l'avaient été dès le moment de la célébration du mariage d'Amé Bourdon? Non; il en résulte seulement que Jean-Jérôme Bourdon, se trouvant gêné, avait engagé son fils à lui accorder des facilités pour se libérer envers lui, et que, pour l'indemniser du retard qu'il lui faisait éprouver dans la jouissance de son capital, il lui en avait payé les intérêts. Ce qui restait dû des 10,000 florins à l'époque du décès de Jean-Jérôme Bourdon, père d'Amé, ne formait donc pas dans les mains de celui-ci une rente constituée, mais une somme véritablement exigible.

» Il est vrai que, par son testament, Jean-Jérôme Bourdon défend à son fils Amé d'exiger de son frère François d'Haucourt, le remboursement de cette somme; mais cette défense elle-même prouve que, par soi, cette somme était exigible, c'est-à-dire, qu'elle avait jusqu'alors conservé son caractère primitif de simple créance.

» Cependant la demanderesse, en supposant que c'était une rente qui avait été constituée à Amé Bourdon par l'acte du 7 octobre 1722, c'est-à-dire, par le contrat de son premier mariage, prétend que les 10,000 florins ont dû, dans la succession de celui-ci, appartenir par préciput à son fils de premières noces, Anselme-Albéric-François; et voici comment elle raisonne :

» Par l'art. 20 du tit. 22 de la coutume de Cambrai, les *terres, maisons et héritages de mainferme portés au premier et noble mariage, ou au jour d'icelui échus, sont de telle nature qu'aux enfans dudit mariage, en doit succéder et appartenir la juste moitié, tant du côté paternel que maternel hors part; et en l'autre moitié lesdits enfans doivent partir tête à tête avec les autres enfans des autres mariages subséquens.* Or, dit la demanderesse, la rente de 10,000 florins en capital, qui a formé l'apport du père de mon mari lors de son premier mariage, devait, aux termes de ses conventions matrimoniales, lui tenir nature de propre à lui et aux siens de son côté et ligne; elle était donc, par cela seul, réputée *héritage;* et dès-là, elle a dû, dans la succession de mon beau-père, suivre le sort des *héritages portés au premier et noble mariage;* elle a dû par conséquent lui appartenir pour moitié par préciput, et il a dû encore prendre le tiers de l'autre moitié à l'encontre de son frère et de sa sœur consanguins.

» Nous nous persuaderions difficilement que la demanderesse ait compté sérieusement, devant le tribunal d'appel, sur le succès d'une pareille prétention; et ce qui nous étonne, c'est de la lui voir reproduire devant vous.

» Car enfin, pour que le tribunal d'appel de Douai eût, comme elle le soutient, violé l'art. 20 du tit. 22 de la coutume de Cambrai, il faudrait deux choses : la première, que le capital de 10,000 florins dont il s'agit, eût formé, dans la personne d'Amé Bourdon, lors de son premier mariage, une rente constituée; la seconde, que les rentes constituées fussent comprises dans la disposition de la coutume.

» Or, d'une part, il est bien démontré qu'Amé Bourdon n'a pas apporté à son premier mariage, une rente de 10,000 florins en capital, mais bien un capital exigible de 10,000 florins.

» D'un autre côté, l'art. 20 du tit. 22 de la coutume de Cambrai ne parle que des *terres,*

Digitized by Google

maisons et héritages de mainferme, c'est-à-dire, des biens-fonds tenus en censive, des immeubles réels qui n'étaient ni francs-alleux ni fiefs. Et certainement une rente constituée n'est ni une terre, ni une maison, ni un héritage; c'est encore moins une censive. Ce n'est même pas, dans la coutume de Cambrai, un immeuble incorporel : c'est un simple effet mobilier, et la coutume elle-même le dit expressément : *rentes héritières constituées par vendition à prix d'argent et à rachat sur hypothèque d'héritages, sont réputées meubles, et tiennent nature de meubles;* ce sont les termes de l'art. 1er du tit. 16.

» Qu'importe, au surplus, que, par le premier contrat de mariage d'Amé Bourdon, les rentes apportées par chacun des époux, soient stipulées propres à chacun d'eux? Une pareille stipulation n'a pu imprimer à leurs rentes respectives, la qualité d'héritages réels, encore moins la qualité de mainfermes plutôt que celle de fiefs ou de francs-alleux, encore moins les assujétir au préciput établi en faveur des enfans du premier lit, par l'art. 20 du tit. 22 de la coutume. Et elle la leur a d'autant moins imprimée dans l'espèce, que le contrat de mariage d'Amé Bourdon limite lui-même l'effet de cette stipulation de propres à *empêcher que le survivant ne puisse succéder, jouir ni profiter des rentes que délaissera le premier mourant, ni même devenir héritier de ses enfans, quant à ce.*

» Tout se réunit donc pour repousser le recours de la veuve Bourdon, contre la disposition du jugement du tribunal d'appel de Douai, qui rejette sa prétention relative aux 10,000 florins dont il s'agit ».

Sur ces conclusions, arrêt du 11 ventôse an 11, au rapport de M. Lombard, par lequel,

« Attendu que le tribunal d'appel, en jugeant que le testament de Jean-Jérôme Bourdon, du 31 janvier 1742, renferme une substitution réciproque entre les enfans du premier et du second lit d'Amé, son fils, n'a fait qu'interpréter des clauses susceptibles de difficulté; d'où il suit que, de quelque manière qu'il ait décidé, il n'a contrevenu à aucune loi;

» Qu'au surplus, le tribunal d'appel, en refusant d'accorder à titre de prélèvement, la moitié des 10,000 florins que Jean-Jérôme Bourdon avait promis de payer à Amé, son fils, dans son contrat de mariage du 7 février 1722, et un tiers sur l'autre moitié de cette somme, n'aurait pas contrevenu à l'art. 20 du tit. 22 de la coutume de Cambrai, qui, s'il comprend les rentes constituées, n'embrasse pas la créance d'un simple capital;

» Le tribunal rejette la requête..... ».

V. encore le paragraphe suivant.

§. III. 1° *Sous l'ancienne législation, cette clause*, je donne à un tel et à ses enfans à naître, *formait-elle, dans une donation entre-vifs, un fidéicommis en faveur des enfans que le donataire pourrait avoir dans la suite?*

2°. *Si, sous l'ancienne législation, le donateur avait dit*, je donne à un tel ou à ses enfans à naître, *y aurait-il eu Substitution fidéicommissaire?*

3°. *Sous la législation actuelle, y aurait-il Substitution fidéicommissaire, soit dans l'un, soit dans l'autre cas?*

I. La seconde de ces questions s'est présentée, et je l'ai discutée en même temps que la première, dans l'espèce suivante.

Le 23 février 1737, contrat de mariage passé au Puy, entre Jean-Gabriel Jouve et Marie-Gabrielle Laurenson.

Par cet acte, Charles Jouve-Ladevèze, chanoine, oncle de l'époux, lui donne et cède dès-à-présent, par donation entre-vifs, tous les droits et prétentions qu'il peut avoir sur les biens de son père et de sa mère.

Par une seconde disposition de ce contrat, il est dit : « De plus, en faveur du présent » mariage, ledit Charles Jouve-Ladevèze a » aussi donné, par même donation que dessus, » audit Jean-Gabriel Jouve-Ladevèze, son » neveu, acceptant, ou *à un ou plusieurs en-* » *fans qui seront procréés du présent mariage,* » toutefois au choix dudit Charles Jouve-» Ladevèze, prêtre, la moitié du jardin planté » en verger qu'il a..... en cette ville..... , » sous la réserve de l'usufruit pendant sa vie ».

De ce mariage est né seulement un fils nommé Pierre-François.

Jean Gabriel Jouve-Ladevèze, son père, s'est remarié avec Jeanne Pichot, et a laissé de ce second mariage un fils nommé Charles-Louis, qu'il a institué son héritier universel.

Il est mort le 21 avril 1773.

Le 28 juin 1774, Pierre-François Jouve-Ladevèze forme contre Charles-Louis, son frère, une demande en désistement de la moitié du jardin comprise dans la donation contractuelle du 23 février 1737. Il soutient que cet immeuble lui appartient exclusivement, attendu le fidéicommis dont le donateur avait, à cet égard, grevé leur père commun, et par la raison qu'il s'y trouvait seul appelé, à défaut d'autres enfans du premier mariage.

Digitized by Google

Charles-Louis Jouve-Ladevèze prétend, de son côté, que le contrat de mariage du 23 février 1737 ne renferme point de fidéicommis; que la clause, *ou à un ou plusieurs enfans qui seront procréés du présent mariage*, ne confère à l'enfant du premier lit aucun droit à exercer sur l'immeuble donné, après que le père commun des parties l'a recueilli comme donataire, et en a joui comme tel.

Sur cette contestation, sentence de la sénéchaussée du Puy, qui appointe les parties en droit.

Le demandeur étant décédé, ses enfans reprennent l'instance; et le 28 pluviôse an 7, jugement contradictoire du tribunal civil du département de la Haute-Loire, qui,

« Attendu que le contrat de mariage de Jean-Gabriel Jouve-Ladevèze, du 23 février 1737, contient deux donations bien distinctes de la part de Charles Jouve-Ladevèze;

» Que la première comprend, avec dessaisissement actuel et acceptation particulière, tous les droits et prétentions que pouvait avoir le donateur sur les biens des père et mère du futur époux;

» Que la seconde comprend la moitié du jardin planté en verger, dont Charles Jouve-Ladevèze fait donation à son neveu, acceptant comme dessus, ou à un ou plusieurs enfans qui seront procréés du présent mariage, toutefois au choix dudit Charles Ladevèze, prêtre, sous la réserve de l'usufruit pendant sa vie;

» Que cette seconde donation a fait naître la difficulté de savoir si, d'après le mot *ou*, dont s'est servi le notaire, en exprimant la volonté du donateur, l'effet de cette seconde donation doit tourner au profit du donataire seul, ou bien à son profit et à celui de ses enfans qui seront procréés du présent mariage; ce qui opérerait une Substitution fidéicommissaire;

» Qu'en comparant les termes de la première donation avec ceux de la seconde, on trouve une grande différence dans la volonté du donateur; puisque, dans la première, il dit seulement qu'il donne à Jean-Gabriel Jouve, son neveu, sans y appeler les enfans qu'il pourra avoir du présent mariage; tandis que, dans la seconde donation, il est expressément dit qu'il donne à Jean-Gabriel Jouve-Ladevèze, son neveu, *ou à un ou à plusieurs enfans qui seront procréés du présent mariage;*

» Que, si le donateur n'eût eu en vue que son neveu seul, il n'aurait pas fait dans le même acte deux donations, et que tous les objets donnés eussent été compris dans la même clause; que la loi 4, C. *de verborum et rerum significatione*, est la seule qui doive servir de base à la décision de la question; que, d'après les termes de cette loi, la donation de la moitié du jardin aujourd'hui réclamée par les enfans Ladevèze, doit être regardée comme faite à Jean-Gabriel Jouve-Ladevèze, *et à un ou à plusieurs enfans qui seront procréés de son mariage;*

» Qu'une pareille donation ne peut être regardée que comme une Substitution fidéicommissaire, et non comme une substitution vulgaire;

» Qu'il n'est provenu qu'un seul enfant du mariage du donataire avec Gabrielle Laurenson; que, dès-lors, Charles Jouve-Ladevèze, prêtre, n'avait pas de choix à faire;

» Faisant droit sur la demande en désistement de la moitié de jardin, condamne Charles-Louis Jouve-Ladevèze, oncle, à se désister en faveur de ses neveux, de la moitié de ce jardin, à restituer les jouissances... et aux dépens ».

Appel de ce jugement à la cour de Riom, qui en adopte les motifs et le confirme, le 28 prairial an 9.

Recours en cassation contre l'arrêt confirmatif.

A cette époque, rendu momentanément à la vie privée, j'ai été consulté par les enfans et héritiers de Pierre-François Jouve-Ladevèze, sur le résultat que pouvait avoir ce recours.

J'ai répondu, le 30 frimaire an 10, que ce résultat n'était nullement à craindre pour eux; et voici comment j'ai développé mon opinion :

« Le tribunal d'appel de Riom a décidé, en confirmant le prononcé des premiers juges, que la donation de la moitié de jardin dont il s'agit, n'avait été faite à Jean-Gabriel Jouve-Ladevèze, qu'à la charge d'un fidéicommis en faveur des enfans à naître de son mariage avec Marie-Gabrielle Laurenson.

» A-t-il, par cette décision, porté atteinte à quelque loi? Telle est la seule question qui sera et pourra être soumise au tribunal de cassation, par le recours de Charles-Louis Jouve-Ladevèze.

» Pour résoudre cette question, il faut d'abord se bien fixer sur la date du contrat de mariage qui est jugé contenir fidéicommis.

» Ce contrat est du 23 février 1737, c'est-à-dire, d'une époque antérieure, de plus de dix ans, à l'ordonnance des substitutions.

» Ce n'est donc ni l'esprit, ni la lettre de cette ordonnance que l'on doit prendre pour

Digitized by Google

guides dans la recherche du sens dans lequel doivent être entendus les termes employés par l'auteur de la donation.

» Ainsi, en vain, devant le tribunal de cassation, argumenterait-on contre les enfans Ladevèse, comme on l'a fait devant le tribunal d'appel de Riom, de l'intention manifestée par le préambule de cette loi, d'exiger qu'à l'avenir les donateurs et testateurs, lorsqu'ils feront des fidéicommis, expliquent leur volonté d'une manière plus expresse qu'ils ne le faisaient précédemment.

» Les enfans Ladevèze répondraient avec avantage que, de là même il suit que le législateur, en proscrivant, pour l'avenir, les conjectures dans les fidéicommis, les y a laissé subsister avec tous leurs effets pour le passé.

» Aussi doit-on appliquer à la donation consignée dans le contrat de mariage du 23 février 1737, toutes les maximes du droit romain concernant les conjectures en matière de fidéicommis... (1).

» Ces principes posés, examinons le contrat de mariage du 23 février 1737, et voyons si, des termes dans lesquels est conçue la donation qu'il renferme d'une moitié de jardin, le tribunal d'appel de Riom a pu conclure avec fondement que cette donation contenait un fidéicommis en faveur des enfans à naître du mariage alors prochain du donataire.

» Arrêtons-nous d'abord à une observation fort importante : c'est que, si la donation était faite aux futurs époux ET *à un ou à plusieurs enfans qui seront procréés du présent mariage, au choix du donateur*, il y aurait évidemment fidéicommis.

» Cette vérité, qui doit être d'une grande influence dans la cause, a été niée et fortement combattue devant le tribunal d'appel par le demandeur en cassation ; mais il nous sera facile de la démontrer.

» Il y a fidéicommis, toutes les fois qu'il existe une disposition par laquelle, en gratifiant quelqu'un, on le charge de rendre l'objet de la libéralité à un tiers que l'on en gratifie en second ordre.

» Ainsi, dans une disposition fidéicommissaire, il entre nécessairement trois personnes, celle qui donne, celle qui est gratifiée à la charge de rendre, et celle à qui l'on doit rendre.

» La disposition fidéicommissaire renferme donc, à proprement parler, deux donations : l'une au profit de celui qui doit rendre, l'autre au profit de celui à qui doit être rendu l'objet donné.

» Mais le second donataire ne devant recueillir qu'après le premier, ces donations doivent être *successives*. Il faut, dit *Peregrinus* (*de fideicommissis*, art. 17, n° 11), que les deux gratifiés soient appelés à recueillir successivement et non pas concurremment, *ordine successivo et non conjunctivo seu simultaneo*.

» Par conséquent (ajoute Thévenot d'Essaule, dans son *Traité des Substitutions fidéicommissaires*, imprimé en 1778, page 71), si je dis : j'institue un tel et ses enfans, il est clair qu'*il n'y a point de fidéicommis, vu que rien n'indique l'ordre successif. Le père et les enfans sont gratifiés conjointement*, ordine simultaneo, *pour concourir et partager ensemble*.

» Mais, continue le même jurisconsulte, *si je dis :* S'INSTITUE UN TEL ET APRÈS LUI SES ENFANS, *il y aura fidéicommis, puisque les enfans sont appelés pour recueillir après leur père, et non pas concurremment avec lui. De même, si je dis :* S'INSTITUE UN TEL ET SES HÉRITIERS, *il y aura fidéicommis au profit des héritiers ; car les mots,* SES HÉRITIERS, *supposent que le premier gratifié sera mort, quand ceux-ci auront droit de recueillir, le titre d'héritier d'un tel ne pouvant être acquis que par son décès. Autre chose serait, s'il y avait :* S'INSTITUE UN TEL, POUR LUI, SES HOIRS ET AYANT-CAUSE. *Alors il n'y aurait point de substitution en faveur des héritiers ou successeurs de l'institué. Les mots,* POUR LUI, SES HOIRS ET AYANT-CAUSE, *ne seraient censés relatifs qu'à la transmission ou translation qui a lieu de droit au profit des héritiers ou successeurs. L'instituant serait réputé n'avoir point eu d'autre intention. Si cependant il était dit,* POUR LUI ET SES HOIRS MALES, *il y aurait substitution au profit des hoirs mâles ; car alors la disposition ne pourrait s'entendre autrement, puisque l'ordre des successions légitimes y serait interverti.*

» Voilà, s'il nous est permis d'employer cette expression, les avenues et les alentours de notre question bien éclaircis. Maintenant entrons dans la question elle-même : que doit-on décider à l'égard d'une donation faite à *un tel et à ses enfans à naître ?*

» *Si cette donation est faite par un testament* (répond Thévenot d'Essaule, page 72), *il faudra distinguer. Les enfans qui se trouveront nés lors du décès du testateur, qui est le moment où le legs prend force, viendront au legs concurremment avec leur père, n'y*

(1) *V.* le §. précédent.

Digitized by Google

ayant rien qui nécessite à leur égard l'ordre successif.

» *Il y aura seulement fidéicommis au profit des enfans qui naîtront après le décès du testateur, attendu qu'ils n'ont pu concourrir au moment où le legs a pris force, et que néanmoins ils sont dans la vocation.*

» Mais, dit encore le même auteur (et c'est ici l'endroit décisif pour notre espèce), *posons qu'il soit dit dans une donation entre-vifs,* JE DONNE A UN TEL ET A SES ENFANS A NAITRE : *cela formera-t-il un fidéicommis en faveur des enfans à naître? Oui, car le père étant saisi par la donation, et les enfans ne pouvant l'être, puisqu'ils n'existent pas, il en résulte nécessairement l'ordre successif. La propriété ne pouvant être en suspens, le père est propriétaire du tout, à la charge de rendre à ses enfans, s'il lui en survient.*

» Et qu'on ne s'imagine pas que ce jurisconsulte ne s'explique ainsi que relativement aux dispositions antérieures à l'ordonnance du mois d'août 1747; ce qu'il ajoute à la suite immédiate du passage que l'on vient de transcrire, prouve démonstrativement le contraire : *Je ne m'arrêterai pas davantage* (dit-il) *à donner des exemples des termes qui peuvent contenir implicitement l'ordre successif; je me borne à observer qu'on ne doit supposer cet ordre successif, qu'autant qu'il y a impossibilité d'admettre la vocation par concurrence, surtout* DEPUIS L'ORDONNANCE DES SUBSTITUTIONS, *qui rejette absolument les fidéicommis par conjectures.*

» Ainsi, même depuis l'ordonnance de 1747, la donation entre-vifs faite *à un tel et à ses enfans à naître*, renferme en faveur de ceux-ci une Substitution fidéicommissaire, parce-qu'elle contient *l'ordre successif*, c'est-à-dire, le signe essentiellement caractéristique du fidéicommis.

» Mais, dit-on, ce n'est que dans la donation ainsi faite par un père à son fils, que cette doctrine peut être admise; elle n'a pas lieu dans la donation faite par un collatéral.

» Eh! Quel serait donc le fondement d'une pareille différence? Que le donateur soit un ascendant ou un parent collatéral, la donation *à un tel et à ses enfans à naître*, contient toujours *l'ordre successif*; elle emporte donc nécessairement fidéicommis dans l'un comme dans l'autre cas.

» Aussi avons-nous remarqué que Thévenot d'Essaule ne fait, à cet égard, aucune distinction entre la ligne directe et la ligne collatérale.

» Et Vedel (sur Catellan, liv. 2, chap. 14), que le demandeur en cassation invoquait devant le tribunal d'appel, comme soutenant l'opinion contraire, dit expressément : *Cette maxime que la donation au futur époux et à ses enfans, comprend les enfans comme véritables donataires, et comme appelés* ordine successivo *par fidéicommis après leur père, a lieu, soit que la donation ait été faite par un ascendant, ou par un collatéral ou étranger, parceque les enfans qui sont compris dans la disposition, n'étant pas encore nés, ne peuvent pas concourir ni faire part.*

» C'est aussi en termes généraux et comprenant le donateur ascendant comme le donateur étranger ou collatéral, que s'explique Serres, dans ses *Institutions au droit français*, liv. 2, tit. 7, §. 2 : *Lorsqu'une donation entre-vifs*, dit-il, *est faite à une telle personne et à ses enfans nés ou à naître, dans ce cas, les enfans sont, sans contredit, regardés comme donataires en degré subordonné, et sont censés appelés à la donation,* ordine successivo, *après leur père.*

» On sait, au surplus, que la jurisprudence du parlement de Toulouse (dans le ressort duquel est née la contestation actuelle) était aussi uniforme que constante sur l'effet de toute donation à un tel et à ses enfans à naître, d'emporter l'ordre successif, et par suite le fidéicommis. Il existe, à cet égard, trois arrêts très-précis.

» Maynard, liv. 5, chap. 91, en cite un du mois de mai 1578, rendu à son rapport, par lequel il a été jugé, conformément à la doctrine du docteur Étienne Bertrandi, tome 3, conseil 176, *donationem factam filio favore matrimonii et filiis suis descendentibus ex matrimonio, intelligi ordine successivo.*

» Il est vrai que, dans cette espèce, la donation avait été faite par un ascendant; mais ce n'est point là ce qui a déterminé l'arrêt. L'arrêt n'a eu pour motif que cette maxime établie par Maynard, au commencement du chapitre cité, que, *de droit, les Substitutions fidéicommissaires sont faites, induites, présupposées et ramenées à l'effet, non seulement par paroles expresses et formelles, mais encore par clauses et paroles laissées, enveloppées et entrelacées, par lesquelles la volonté du testateur, quant à ce, soit quasi déclarée, conjecturée et manifestée.* Et il est inutile d'observer que cette maxime s'applique aussi bien à la donation faite par un étranger ou par un collatéral, qu'à la donation faite par un ascendant.

» Un autre arrêt non moins formel est celui que rapporte Catellan, liv. 2, chap 14,

Digitized by Google

sous la date du 15 mai 1648. Voici les termes de ce magistrat : *La donation au futur époux et à ses enfans, comprend les enfans comme véritablement donataires et comme étant appelés* ordine successivo, *pour recueillir la donation après leur père, et contient un fidéicommis en leur faveur.... C'est ainsi que cette question fut décidée* (au parlement de Toulouse) *le* 15 *mai* 1648. *Un père mariant Jean, son fils, donne dans le contrat de mariage certains biens au futur époux* ET A SES ENFANS. *Un oncle fait aussi certaines donations à ce futur époux et à ses enfans. Jean ayant eu de ce mariage Bernard et Françoise, mariant Bernard, lui donne la moitié de ses biens, et promet de l'instituer en l'autre moitié. Après la mort de Jean, Françoise, sa fille, fait instance contre Bernard, son frère, en délaissement de la moitié des biens donnés à Jean, son père, et dit que la donation étant faite à Jean et à ses enfans, contient une Substitution fidéicommissaire en faveur de tous les enfans qui sont tous appelés par égales portions. Au contraire, Bernard répliquait que la donation faite à Jean, son père, et à ses enfans, ne contenait en faveur des enfans de Jean, qu'une Substitution vulgaire, qui avait expiré en la personne du père, lequel, ayant survécu aux donateurs, avait recueilli l'effet de la donation. Jugeant ce procès, on convint que, si, dans un testament, la libéralité était faite à Jean et à ses enfans, il y aurait seulement une substitution vulgaire; mais qu'étant question d'une donation entre-vifs, faite à celui qui se marie, et à ses enfans à naître, elle ne pouvait contenir qu'une Substitution fidéicommissaire.*

» Qu'oppose à cet arrêt le demandeur en cassation? Une seule chose : c'est que la donation qui en était l'objet, avait été faite par un ascendant. Mais il ne fait pas attention que, dans cette espèce, il y avait deux donations, l'une émanée du père du futur époux, l'autre faite à celui-ci par son oncle, et que toutes deux ont été jugées contenir fidéicommis en faveur des enfans à naître. Cet arrêt a donc bien nettement rejeté la distinction imaginée par le demandeur.

» Le troisième arrêt que nous avons annoncé, est du 30 août 1706; il est rapporté dans le *Journal du palais de Toulouse*, tome 3, page 245, par Dejuin, l'un des juges qui ont concouru à le rendre.

» Le 30 août 1647, Jean Meilhac premier donne, par contrat de mariage, à Jean Meilhac second, son fils, ET AUX ENFANS QUI SERONT PROCRÉÉS DUDIT MARIAGE, *la moitié de ses biens présens et à venir, et l'autre moitié, à la fin de ses jours, pour desdits biens pouvoir faire et disposer par ledit Meilhac fils et donataire, comme de sa chose propre, tant à la vie qu'en la mort.*

» Question de savoir si cette clause renferme une Substitution fidéicommissaire. Sentence de la sénéchaussée de Nîmes qui juge pour la négative. Appel par Jean Meilhac troisième. Il se fonde sur ce que la donation n'était pas faite seulement à Jean Meilhac second, mais encore à ses enfans; et il cite Catellan, Maynard et Dumoulin. *Jugeant ce grief* (dit le magistrat cité), *on est convenu que la clause de donation faite au père et aux enfans, contient un fidéicommis en faveur des enfans, quand on ne peut pas présumer le contraire par une clause subséquente; or, dans cette espèce, on a cru que la faculté accordée au donataire de disposer des biens donnés comme de sa chose propre, tant en la vie qu'en la mort, faisait présumer que le donateur n'avait pas prétendu faire un fidéicommis. Il a donc passé à débouter Jean Meilhac de son grief, et en même temps de la demande en ouverture de la substitution; cependant la chose a souffert grande difficulté, plusieurs des juges regardant cette dernière clause comme une clause de style.*

» Voilà qui prouve bien clairement, et que le parlement de Toulouse tenait invariablement à la maxime dont il est ici question, et que cette maxime n'admettait, dans sa jurisprudence, aucune distinction entre le donateur ascendant et le donateur étranger ou collatéral; car Dejuin ne distingue nullement entre l'un et l'autre; il parle, au contraire, de la manière la plus générale, quand il dit qu'*on est convenu que la clause de donation faite au père et aux enfans, contient un fidéicommis en faveur des enfans.*

» Mais, dit-on, il y a dans le recueil de Cambolas, liv. 3, chap. 49, des arrêts du parlement de Toulouse même, qui décident que la donation en faveur d'un mariage et des enfans à naître de ce mariage, ne contient pas de Substitution fidéicommissaire en faveur de ceux-ci.

» Oui, ces arrêts existent : mais on aurait bien dû, en les citant d'après Cambolas, remarquer avec ce magistrat, qu'il en est autrement *quand la donation est faite expressément aux enfans, c'est-à-dire, non seulement en leur faveur, mais à eux.*

» En effet, dit Serres, à l'endroit ci-dessus indiqué, *il ne faut pas confondre le cas où une donation est faite en contrat de mariage au futur époux et à ses enfans à naître, avec le cas où la donation est faite au futur époux*

Digitized by Google

en contemplation ou en faveur du mariage et des enfans qui en naîtront; car, dans ce dernier cas, les enfans n'ont aucun droit aux biens donnés; ils ne sont pas regardés comme appelés de leur chef à la donation en degré même subordonné, et ne sont considérés tout au plus que comme la cause impulsive, et non l'objet final de la donation; en sorte que le père peut aliéner et disposer à son gré des biens donnés, sans que les enfans puissent s'en plaindre ni révoquer les aliénations.

» Catellan fait précisément la même distinction. Voici comment il s'explique liv. 2, chap. 14 : *La donation faite dans le contrat de mariage au futur époux, en contemplation du mariage et des enfans qui en proviendront, ou même faite en faveur du mariage et en préciput et avantage des enfans qui en descendront, ne regarde point les enfans, et ne leur donne aucun droit de leur chef aux biens donnés, et ne contient aucun fidéicommis en leur faveur. Cette donation se termine uniquement à la personne du futur époux, les enfans en sont tout au plus la cause impulsive, et non la cause finale. C'est la doctrine de Dolive, liv. 4, chap. 5, et de Cambolas, liv. 3, chap. 49, confirmée par les arrêts que ces auteurs rapportent. Mais la donation faite au futur époux et à ses enfans, comprend les enfans comme véritablement donataires, et comme étant appelés* ordine successivo, *pour recueillir la donation après leur père, et contient un fidéicommis en leur faveur.*

» Cela posé, il ne nous reste plus, pour justifier le jugement du tribunal d'appel de Riom, que de prouver qu'entre le cas d'une donation faite à un tel *ou* à ses enfans à naître, et le cas d'une donation faite à un tel *et* à ses enfans à naître, il n'existe, en point de droit, aucune espèce de différence.

» Or, là-dessus, écoutons Catellan à l'endroit déjà cité : *Ce que je viens de dire, que la donation faite en faveur du futur époux et de ses enfans, contient un fidéicommis en faveur des enfans, doit avoir lieu, lorsque la donation est faite* au futur époux ou *à ses enfans, comme il fut jugé, après partage de la première à la deuxième chambre des enquêtes, et vidé à la grand'chambre...., moi compartiteur. Valada, mariant François Valada, son fils, donne dans le contrat, certains biens à ce fils* ou *à ses enfans. De ce mariage naissent trois enfans. François Valada fils meurt après son père, et ses biens sont généralement saisis. Ses trois enfans demandent la distraction des biens donnés par leur aïeul à leur père et à eux, et l'obtiennent par l'arrêt que je rapporte. La raison de la décision est prise de ce que la donation faite au futur époux et à ses enfans, contient un fidéicommis en faveur des enfans, comme j'ai déjà dit : or, il en doit être de même lorsque la donation est faite au futur époux ou à ses enfans; parceque..... par la loi* cùm quidam, 4, C. de verborum et rerum significatione, *si l'institution, legs, fidéicommis ou donation est faite à un tel ou à un tel, la disjonctive est prise pour copulative.*

» Le demandeur en cassation a, devant le tribunal d'appel, beaucoup disserté, beaucoup argumenté contre cet arrêt et contre les motifs qui l'ont dicté. Il ne nous sera pas difficile de répondre à toutes ces objections. Commençons par poser les principes fondamentaux de la matière.

» Les lois romaines nous ont appris, et notre propre usage nous a confirmé, que souvent la disjonctive OU s'emploie pour la copulative ET, comme souvent aussi la conjonctive ET s'emploie pour la copulative OU.

» La loi 53, D. *de verborum significatione*, nous offre une décision du jurisconsulte Paul, ainsi conçue : *Sæpè ità comparatum est ut conjuncta pro disjunctis accipiantur, et disjuncta pro conjunctis.* Ainsi, la loi des douze tables disait : *Uti quisque legassit super pecuniâ tutelâve rei suæ, ità jus esto;* et Paul décide que, par *tutelâve*, il faut entendre *tutelâque : cùm dicitur* (ce sont ses termes) *super pecuniâ tutelâve rei suæ, tutor separatim sine pecuniâ dari non potest.* Et lorsque nous disons, continue Paul, *quod dedi aut donavi*, la particule *aut* doit s'entendre dans le sens conjonctif : *et cùm dicimus quod dedi aut donavi, utraque continemus.*

» Mais quelle sera la boussole qui dirigera le juge dans l'application de cette règle? Il ne peut pas y en avoir d'autre que le sens naturel de la phrase dans laquelle se trouve intercalée, soit la disjonctive *ou*, soit la copulative *et*.

» Ainsi, lorsque je m'oblige à vous livrer un champ ou une maison, il est bien évident que je ne vous donne pas à la fois la maison et le champ, mais seulement l'un ou l'autre, à mon choix.

» Mais si je donne à vous ou à vos enfans telle maison, vos enfans sont incontestablement appelés à la donation, comme vous-même; et il n'y a de difficulté que sur le point de savoir s'ils y sont appelés à titre de substitution vulgaire, s'ils y sont appelés par fidéicommis, ou s'ils le sont comme co-donataires.

» Or, à cet égard, il faut distinguer : ou

Digitized by Google

vos enfans existent au moment de la donation, ou ils n'existent pas encore.

» Au premier cas, ils ne sont appelés ni comme substitués vulgairement, ni comme fidéicommissaires; ils le sont comme co-donataires, et ils doivent concourir avec vous au partage de la chose donnée. C'est la décision expresse de la fameuse loi *cùm quidam*, C. *de verborum et rerum significatione.*

» Comme ce texte a été invoqué de part et d'autre devant le tribunal d'appel de Riom, et que, de part et d'autre, il a donné lieu à de grands débats qui se renouvelleront vraisemblablement devant le tribunal de cassation, il ne sera pas inutile de le transcrire ici en entier.

» Un particulier (dit Justinien, auteur de cette loi), voulant faire une institution, un legs, un fidéicommis, donner la liberté à des esclaves, pourvoir à la tutelle de ses enfans, s'était exprimé en ces termes : *J'institue pour mon héritier tel ou tel; je donne et lègue telle chose à tel ou tel; je veux que tel ou tel de mes esclaves soit libre; je nomme pour tuteur à mes enfans tel ou tel.* Question de savoir quel devait être l'effet d'une institution, d'un legs, d'un fidéicommis, d'un affranchissement, d'une dation de tutelle ainsi exprimés? Devait-on regarder ces actes comme nuls? Devait-on en accorder le profit ou en imposer la charge au premier des deux appelés disjointement, qui se trouverait en possession? Devait-on les admettre tous deux au bénéfice, ou leur faire subir à tous deux le fardeau de la disposition? Et, dans ce dernier cas, fallait-il établir un ordre successif de l'un à l'autre? Ou devait-on les admettre concurremment? *Cùm quidam sic vel institutionem, vel legatum, vel fideicommissum, vel libertatem, vel tutelam scripsisset*, ille aut ille mihi heres esto; *vel* illi aut illi do, lego, *vel* dari volo, *vel* illum aut illum liberum, aut tutorem esse volo vel jubeo; *dubitabatur utrùmne inutilis sit hujus modi institutio et legatum et fideicommissum et libertas et tutoris datio? An occupantis melior conditio sit? An ambo in hujusmodi lucra vel munera vocentur? An et secundùm aliquem ordinem admittantur? An uterque omnimodo?*

» Les uns voulaient que, dans le cas d'une institution ainsi conçue, le premier nommé fût considéré comme seul institué, et que le second ne le fût que comme substitué vulgairement : *cùm alii in institutionibus primum quasi institutum admitti, secundum quasi substitutum.*

» D'autres prétendaient que, dans le cas d'un legs ou fidéicommis exprimé de cette manière, le dernier nommé devait seul recueillir, comme ayant pour lui la disposition la plus récente du testateur : *alii in fideicommissis posteriorem solum fideicommissum accepturum existimaverint, quasi recentiore voluntate testatoris utentem.*

» Mais, pour retracer une à une toutes les disputes qui se sont élevées à cet égard entre tant d'écrivains, il ne faudrait rien moins qu'un gros volume; car non seulement les jurisconsultes, mais même les ordonnances impériales qu'ils ont rapportées chacun en faveur de son opinion, se sont divisés et ont varié sur cette matière : *Et si quis eorum altercationes sigillatim exponere maluerit, nihil prohibet non leve libri volumen extendere, ut sic explicari possit tanta auctorum varietas, cùm non solùm juris auctores, sed etiam ipsæ principales constitutiones quas ipsi auctores retulerunt, inter se variasse videntur.*

» Il nous paraît donc plus raisonnable, en écartant tout ce chaos d'opinions et d'argumens, de déclarer que la particule *ou* sera, dans le cas proposé, entendue dans le sens de la particule *et*; en sorte qu'elle sera réputée copulative et considérée comme une sorte de *paradiazeuze* (terme grec qui répond à *fausse disjonction*); au moyen de quoi, le premier appelé sera admis, sans que le second soit pour cela exclu : *Melius itaque nobis visum est, omni hujus modi verbositate explosâ, conjunctionem* aut *pro* et *accipi, ut videatur copulativo modo esse prolata et magis sit paradiazeusis, ut et primam personam inducat et secundam non repellat.*

» Car, de même, par exemple, que, dans l'action possessoire appelée *quod vi aut clam*, la disjonctive *aut* est évidemment prise pour la conjonction *et*; de même aussi dans toutes ces sortes d'institutions, de legs, de fidéicommis, d'affranchissemens, de dations de tutelles, la disposition du testateur doit être entendue de manière que les deux individus qu'il a ainsi nommés, viennent également et par égales portions, à l'hérédité, au legs, au fidéicommis; que tous deux reçoivent la liberté; que tous deux soient appelés à la tutelle. Par là, personne ne sera privé de l'effet de la libéralité du testateur; et il sera d'autant mieux pouvu aux intérêts des pupilles, intérêts qui ne pourraient que souffrir beaucoup des doutes que nous laisserions subsister à cet égard : *Quemadmodum enim (verbi gratiâ) in interdicto* QUOD VI AUT CLAM, AUT *conjunctio pro* ET *apertissimè posita est; ità et in omnibus hujusmodi casibus, sive institutionum, sive legatorum, sive fideicom-*

Digitized by Google

missorum, vel libertatum, seu tutelarum, hoc est intelligendum ut ambo veniant æquâ lance ad hereditatem, ambo similiter legata accipiant, fideicommissum in utrumque dividatur, libertas utrumque capiat, tutoris ambo fungantur officio, ut sic nemo defraudetur à commodo testatoris, et major providentia pupillis inferatur: ne, dùm dubitatur apud quem debeat esse tutela, in medio res pupillorum depereant.

» Mais nous ne faisons cette déclaration que pour le cas où ce sont des personnes qui se trouvent comprises dans une phrase conçue de la manière ci-dessus exposée; si donc, dans une disposition testamentaire, il n'y a d'appelé qu'un seul individu, et que les choses qui en sont l'objet, soient ainsi laissées: *Je donne, je lègue, je laisse par fidéicommis à un tel,* TELLE OU TELLE CHOSE, alors on appliquera à cette disposition les anciennes règles et les décisions de l'ancien droit (1), auxquelles nous n'entendons porter aucune atteinte ni innover en aucune manière, par la présente ordonnance: *Sic hæc quidem sancimus, cùm in personas hujusmodi proferatur scriptura. Sin autem una quidem est persona, res autem ità derelictæ sunt*, illam aut illam rem tibi do, lego, per fideicommissum relinquo, *tunc secundùm veteres regulas et antiquas definitiones, vetustatis jura maneant incorrupta, nullâ innovatione ex hâc constitutione introducendâ.*

» Ce que nous voulons aussi avoir lieu dans les contrats: *Quod etiam in contractibus locum habere censemus.*

» Voilà comment s'explique la loi *cùm quidam,* et l'on voit qu'elle se réduit à deux dispositions.

» La première, que, dans toute phrase, soit d'un testament, soit d'un contrat, qui défère une même chose à telles *ou* telles personnes, la particule disjonctive *ou* doit être réputée copulative, et qu'en conséquence, toutes les personnes nommées dans cette phrase, doivent être considérées comme appelées à la chose donnée, léguée, vendue, etc. *Melius nobis visum est..... Conjunctionem* AUT *pro* ET *accipi, ut videatur copulativo modo esse prolata..... ut et primam personam inducat et secundam non repellat.*

» La seconde disposition est que, si les personnes ainsi appelées ensemble et unies par la particule *ou* réputée copulative, existent toutes à l'époque, soit du testament, soit du contrat, on doit les regarder comme appelées actuellement et par égales portions, à la chose qui forme l'objet de l'un ou de l'autre acte.

» Car, remarquons-le bien, c'est de personnes actuellement existantes que parle Justinien, quand il dit: *In omnibus hujusmodi casibus, sive institutionum, sive legatorum, sive fideicommissorum vel libertatum, seu tutelarum, hoc est intelligendum, ut ambo veniant æquâ lance....*

» Et ce qui le prouve invinciblement, c'est que, dans la loi *cùm quidam,* Justinien s'occupe principalement de l'institution d'héritier, qui ne pouvait avoir lieu qu'en faveur de personnes vivantes à l'époque du décès du testateur (1); de l'affranchissement qui, certes, ne pouvait pas atteindre des êtres non encore nés, puisqu'ils ne pouvaient pas encore être esclaves; enfin, de la dation de tutelle, qui, par la nature et l'essence même de son objet, ne pouvait imposer ce fardeau qu'à des hommes actuellement existans, et même parvenus à l'âge de majorité.

» Que faut-il donc décider à cet égard dans le cas où, parmi les personnes appelées à une même chose et unies par la particule *ou,* il y en a qui n'existent pas encore au moment où se fait la disposition, soit testamentaire, soit contractuelle?

» C'est ici, comme l'on voit, le second des cas que nous avons ci-dessus distingués. Justinien ne l'a pas compris dans la loi *cùm quidam;* seulement il résulte de la première partie de cette loi que, dans ce cas, comme dans celui d'une disposition faite au profit ou à la charge de personnes actuellement existantes, la disjonctive *ou* doit être entendue dans le sens de la conjonctive *et.* Quelle raison, d'ailleurs, y aurait-il de ne pas assimiler entièrement, sur ce point, l'un des deux cas à l'autre?

» Mais le silence de Justinien sur le cas dont il s'agit, ne nous laisse point sans ressource pour résoudre notre question; elle est même toute résolue par la combinaison

(1) Suivant ces règles et ces décisions, il n'y avait de donné, légué ou fidéicommissé, que l'une des choses ainsi exprimées, l'option appartenant alors, soit à l'héritier, soit au légataire ou fidéicommissaire, d'après les distinctions établies par les lois du digeste.

(1) *V.* la lettre de M. le chancelier d'Aguesseau au parlement d'Aix, du 23 novembre 1737, concernant l'art. 49 de l'ordonnance de 1735.

Digitized by Google

de deux maximes qui, désormais, doivent être regardées comme incontestables :

» L'une, qu'entre la donation faite à un tel *et* à un tel, et la donation faite à un tel *ou* à un tel, il n'y a ni ne peut y avoir aucune ombre de différence ;

» L'autre, que par la donation entre-vifs faite à un tel *et* à ses enfans à naître, ceux-ci sont appelés, non comme substitués vulgairement, non comme co-donataires actuels, mais comme fidéicommissaires.

» Il résulte, en effet, du rapprochement de ces deux maximes, que ce n'est ni comme substitués vulgairement, ni comme co-donataires actuels, mais seulement comme fidéicommissaires, que les enfans peuvent être censés appelés dans le cas d'une donation entre-vifs faite *à un tel ou à ses enfans à naître.*

» Ils ne le sont pas comme substitués vulgairement. Par l'effet de la donation entre-vifs acceptée par le père des enfans à naître, celui-ci se trouve immédiatement saisi de la chose donnée ; et par là même, la porte se trouve irrévocablement fermée à toute substitution vulgaire. On sait, et la loi 4, C. *de impuberum et aliis Substitutionibus*, établit clairement que la substitution vulgaire n'étant faite que pour le cas où le premier appelé ne recueillerait pas la disposition, elle s'évanouit nécessairement dès que la disposition a été acceptée par le premier appelé.

» Ils ne le sont pas comme co-donataires actuels ; car, pour être actuellement donataire, il faut exister. Celui qui n'existe pas, ne peut être saisi de rien ; et cependant il est de l'essence de la donation entre-vifs, que le donataire en recueille l'effet à l'instant même où elle reçoit sa perfection.

» C'est donc comme fidéicommissaires qu'ils sont appelés ; et il faut bien qu'ils le soient comme tels, d'après les principes ci-dessus retracés par Thévenot d'Essaule. Répétons les termes de cet auteur, ils sont décisifs : *Le père étant saisi par la donation, et les enfans ne pouvant l'être, puisqu'ils n'existent pas, il en résulte nécessairement l'ordre successif. La propriété ne pouvant être en suspens, le père est propriétaire du tout, à la charge de rendre à ses enfans, s'il lui en survient.*

» Arrêtons-nous particulièrement à cette grande maxime, *la propriété ne peut être en suspens.* Elle est également établie par *Peregrinus* (de *fideicommisis*, art. 40, n° 6) : *rerum dominia*, dit-il, *in pendenti stare nequeunt ;* et Thévenot d'Essaule y revient encore, page 188 : *les jurisconsultes romains, ce sont ses termes, étaient si éloignés d'admettre la suspension de propriété, que, pour éviter cet inconvénient, ils avaient imaginé de personnifier l'hérédité, en la rendant propriétaire des biens, jusqu'à ce que l'héritier le devînt par l'adition* (1).

» Nous devons donc mettre cette maxime au rang des vérités les mieux démontrées.

» Et quelle en est la conséquence, relativement à la donation entre-vifs faite à un futur époux *ou* à ses enfans à naître ? Bien évidemment il en résulte que la propriété de la chose donnée, étant sortie des mains du donateur, et ne pouvant pas reposer sur la tête d'enfans qui n'existent pas encore, c'est sur la tête du futur époux qu'elle se fixe immédiatement.

» Le futur époux devient donc propriétaire de la chose donnée, à l'instant même où il accepte la donation.

» Que peuvent signifier, d'après cela, ces mots ajoutés à la donation, *ou à ses enfans à naître ?*

» Signifient-ils que les enfans à naître recueilleront la donation, si leur père ne la recueille pas ? Non, nécessairement non. Le futur époux, encore une fois, recueille immédiatement la donation, il devient propriétaire de la chose donnée, par le seul effet, par l'effet immédiat de son acceptation ; il est donc impossible, métaphysiquement impossible, que les enfans à naître ne soient placés dans la donation, que pour la recueillir au défaut de leur père.

» Il faut cependant donner un sens, un effet quelconque, à ces mots, *ou à ses enfans à naître ;* et le seul moyen d'arriver à ce but, c'est de dire que la particule *ou* doit s'entendre comme s'il y avait *et*, que les enfans sont appelés pour recueillir après leur père, que leur père est à leur égard une sorte d'entrepositaire qui doit faire arriver jusqu'à eux l'objet de la donation, qu'ils doivent jouir de la chose donnée après que leur père l'aura possédée ; et par une conséquence aussi simple qu'irrésistible, que leur père est grevé de fidéicommis en leur faveur.

» Qu'opposera à cette conséquence le demandeur en cassation ? Sans doute, il y opposera les mêmes objections qu'il a inutilement fait valoir devant le tribunal d'appel. Voyons donc quelles sont ces objections.

» *Première objection.* La loi *cùm quidam*,

---

(1) *Hereditas personam defuncti sustinet* (loi 34, D. *de acquirendo rerum dominio*)... *dominii quod hereditatis fuit* (loi 30, D. *de legatis* 2°).

Digitized by Google

sur laquelle vous vous appuyez pour convertir, dans la donation du 23 février 1737, la disjonctive *ou* en conjonctive, n'est relative qu'aux dispositions testamentaires, et par conséquent inapplicable aux actes entre-vifs. Il est vrai qu'à la fin de cette loi il est dit : *quod etiam in contractibus locum habere censemus ;* mais ces termes ne se réfèrent qu'à la disposition immédiatement précédente, dont l'objet est de maintenir les anciennes règles par rapport aux dispositions par lesquelles un testateur donne *telle ou telle chose.*

» *Réponse.* 1° Les enfans Ladevèze n'ont pas précisément besoin de la loi *cùm quidam*, pour faire maintenir le jugement du tribunal d'appel de Riom ; il leur suffit que, même d'après les lois du digeste, et notamment la loi 53, *de verborum significatione*, la disjonctive *ou* doive être convertie en copulative, toutes les fois que le sens de la phrase l'exige.

» 2° Ces expresions, *quod etiam in contractibus locum habere censemus*, qui terminent la loi *cùm quidam*, de quel droit le demandeur les restreint-il à la disposition immédiatement précédente? Il y serait fondé, sans doute, si cette disposition formait dans la loi un paragraphe séparé. Mais la loi tout entière n'est composée que d'un seul contexte ; il est donc bien naturel d'en faire refluer les derniers termes sur l'intégrité de la loi elle-même.

» 3° La disposition de la loi qui précède immédiatement les termes, *quod etiam in contractibus locum habere censemus*, cette disposition n'est là que pour faire exception à la règle généralement posée par Justinien dans le corps de la loi. Si donc il était vrai que les termes, *quod etiam in contractibus locum habere censemus*, se référassent à la disposition immédiatement précédente, que signifieraient-ils? Très-certainement ils signifieraient que l'exception établie par cette disposition, est commune aux contrats et aux testamens. Or, que l'on nous apprenne donc comment Justinien aurait pu excepter les contrats, comme les testamens, de la règle générale précédemment établie, si cette règle générale n'eût pas été elle-même commune aux testamens et aux contrats ? Aussi Godefroy, dans une de ses notes sur la loi *cùm quidam*, dit-il expressément : *Disjunctiva posita inter personas honoratas vel gravatas, tam in ultimis voluntatibus* QUAM IN CONTRACTIBUS, *pro conjunctivâ habetur.*

» *Deuxième objection.* Vous prétendez appliquer la loi *cùm quidam* à un fidéicommis créé par un acte entre-vifs; mais il est notoire que, dans le droit romain, on ne pouvait fidéicommisser que par testament.

» *Réponse.* Il est vrai que, par l'ancien droit romain, les testamens étaient les seuls actes par lesquels on pût fidéicommisser. On accordait bien au donateur entre-vifs une action pour répéter la chose donnée, quand le donataire n'accomplissait pas la charge de rendre ; mais on refusait toute action au tiers en faveur duquel cette charge était apposée. C'est ce que nous apprend la loi 3, C. *de donationibus quæ sub modo* (1). Mais cette même loi annonce que, depuis quelque temps, et par l'effet des ordonnances du prince, le substitué par donation entre-vifs avait l'*action utile* pour demander l'exécution du fidéicommis (2); et elle maintient formellement cette nouvelle jurisprudence.

» Et remarquez que cette loi est de beaucoup antérieure à la loi *cùm quidam.* Celle-ci est de l'an 531 ; celle-là de l'an 290. Ainsi, nul doute que la loi *cùm quidam* n'ait été faite pour les fidéicommis contractuels, comme pour les fidéicommis testamentaires.

» *Troisième objection.* La loi *cùm quidam* parle de deux personnes indifférentes, et entre lesquelles il n'y a ni sujet ni raison de préférence. Elle n'est point applicable, suivant Paul de Castro, Alexandre, Fusarius, Duperrier, etc., au cas où la disjonctive *ou* se trouve entre des personnes *inter quas cadit ordo affectionis.* Or, dans notre espèce, on ne saurait douter que le donateur n'ait voulu préférer son neveu aux enfans qui pouvaient naître de son mariage.

» *Réponse.* Eh, sans doute, le donateur a préféré son neveu à ses futurs petits-neveux ! Aussi l'a-t-il appelé en première ligne ; aussi a-t-il voulu qu'il jouît avant eux ; mais que conclure de là ? Précisément ce que nous soutenons, que le donateur a établi *un ordre successif* de son neveu à ses futurs petits-neveux, et que, par une conséquence nécessaire, il a substitué fidéicommissairement ceux-ci à celui-là.

---

(1) *Quoties donatio ità conficitur ut post tempus, quod donatum est, alii restituatur, veteris juris auctoritate rescriptum est, si is in quem liberalitatis compendium conferebatur, stipulatus non sit, placiti fide non impletâ, ei qui liberalitatis auctor fuit... condictitiæ actionis persecutionem competere.*

(2) *Sed cùm postea benignâ juris interpretatione, divi principes ei qui stipulatus non sit, utilem actionem juxta donatoris voluntatem, competere admiserint, actio.... tibi accomodabitur.*

Digitized by Google

» Que nous importe, d'après cela, l'exception que Fusarius, Alexandre, Duperrier et Paul de Castro mettent, de leur propre autorité, à la disposition générale de la loi *cùm quidam*, pour le cas où il existe, entre les personnes appelées ensemble par la disjonctive *ou*, ce qu'ils nomment *ordo caritatis et affectionis ?*

» Nous dirons cependant que cette exception n'est pas admise par tous les auteurs; elle est combattue, et, nous osons le dire, complettement réfutée par Furgole, sur l'art. 19 de l'ordonnance de 1747. *C'est la loi* (dit-il, après de longs développemens qu'il serait inutile de transcrire ici), *c'est la loi qui, par sa toute puissance, détermine le sens des paroles, comme s'il y avait une conjonctive, lorsque l'alternative se trouve entre plusieurs personnes....; et il n'y a point de doute que la loi ne doive prévaloir sur les fausses opinions des auteurs qui s'en sont éloignés pour mettre à la place leurs imaginations.*

» *Quatrième objection.* Vedel sur Catelan, liv. 2, chap. 14, dit que, *pour ce qui concerne la donation faite au futur époux et à ses enfans, la disjonctive* ou *n'est convertie en copulative* et *par ordre de succession, que quand la donation part de la main d'un ascendant.* Or, dans notre espèce, c'est de la main d'un collatéral qu'est partie la donation.

» *Réponse.* A coup sûr Vedel est dans l'erreur, si, sans convertir la particule *ou* en copulative, il n'est pas plus possible, dans le cas d'une disposition faite par un collatéral, que dans le cas d'une disposition faite par un ascendant, de donner un sens raisonnable, d'attribuer un effet quelconque, à la clause qui appelle *un tel ou ses enfans à naître.* Or, nous l'avons déjà dit, si, dans cette clause, vous ne prêtez pas une acception conjonctive à la particule *ou*, il est métaphysiquement impossible, de quelque main que parte la disposition entre-vifs, de lui donner un sens qui ait la moindre apparence de raison; et soit que le donateur tienne au futur époux par les liens de la paternité, soit qu'il n'ait avec lui que des rapports de parent collatéral ou d'ami, il faut toujours revenir à cette vérité aussi palpable que constante, qu'après avoir, par sa donation acceptée et par conséquent consommée, saisi le donataire de la propriété de la chose donnée, il ne peut avoir appelé des enfans non encore existans à cette même propriété, que par ordre successif, ou, en d'autres termes, à titre de fidéicommis.

» Aussi voyons-nous que Furgole ne fait, sur cette matière, aucune distinction entre le cas d'une donation faite par un ascendant, et celui d'une donation faite par un étranger.

» Serres confond et identifie également les deux cas, lorsqu'après avoir établi qu'une donation étant faite à une telle personne et à ses enfans à naître, *les enfans sont, sans contredit, regardés comme donataires en degré subordonné, et sont censés appelés à la donation* ordine successivo *après leur père;* il ajoute : *on juge la même chose, lorsque la donation est faite à un tel ou à ses enfans, cette particule disjonctive* ou *se convertissant en la conjonctive* et, *et contenant pareillement un fidéicommis tacite au profit desdits enfans après père ou mère.*

» *Cinquième objection.* Vous supposez que, dans la donation du 27 février 1737, la clause dont il s'agit, ne présenterait aucun sens plausible, si l'on n'y substituait la conjonction *et* à la disjonctive *ou;* il n'y a cependant rien de plus simple que de donner à cette clause, entendue à la lettre, un sens tout-à-fait raisonnable : c'est de dire qu'elle renferme une substitution vulgaire; et en effet, il est évident que le donateur qui ne se dépouillait pas, puisqu'il se réservait l'usufruit, n'a employé la disjonctive *ou*, que pour demeurer le maître, en cas de prédécès de son neveu, et, dans ce cas seulement, de désigner parmi ses futurs petits-neveux, celui ou ceux qui devraient recueillir l'effet de la donation.

» *Réponse.* Il y a là autant d'erreurs que de mots.

» 1° Le donateur s'est réservé l'usufruit, cela est vrai; mais conclure de là, comme le fait le demandeur en cassation, qu'il ne s'est pas dessaisi de la propriété, c'est une absurdité rare, pour ne pas dire monstrueuse. C'était la conséquence directement contraire qu'il fallait en tirer : car la réserve de l'usufruit suppose nécessairement l'entier et actuel délaissement de la propriété nue. Eh! Comment d'ailleurs aurait-il conservé une propriété dont il faisait, pour nous servir des propres termes du contrat, DONATION ENTRE-VIFS, PURE, PARFAITE ET IRRÉVOCABLE?

» 2° Ce n'est pas seulement pour le cas de prédécès de son neveu, que le donateur se réserve le droit de choisir entre ses enfans à naître, celui qui devra recueillir après lui l'effet de la donation : il se le réserve purement et simplement; il se le réserve dans les termes les plus généraux; il se le réserve par conséquent pour l'exercer même pendant la vie de son neveu; et assurément si le neveu eût eu plusieurs enfans, et que le donateur en eût choisi un du vivant de leur père, celui sur le-

Digitized by Google

quel serait tombé son choix, aurait eu la préférence sur ses frères, ni plus ni moins que si l'élection n'eût été faite qu'après la mort du neveu, donataire en première ligne.

» 3° Faut-il répéter que les premiers principes s'élèvent contre l'idée d'une substitution vulgaire, dans une donation entre-vifs acceptée par le donataire? Faut-il répéter que la seule acceptation du donataire fait manquer la condition essentielle et *sine quâ non*, de laquelle dépend toute substitution vulgaire? Il est pénible d'être obligé de revenir sur des vérités aussi simples, sur des règles aussi élémentaires.

» *Sixième objection.* Mais vous ne faites point attention qu'il s'agit ici d'une donation par contrat de mariage, et que, dans un contrat de mariage, on peut *donner et retenir.* Ces deux bases posées, n'est-il pas clair que l'intention du donateur a été de demeurer maître de sa moitié de jardin, pour en transférer la propriété, soit à son neveu, soit à l'un ou plusieurs de ses enfans, suivant qu'il lui paraîtrait convenable?

» *Réponse.* Non certes, cela n'est pas clair, et c'est déjà beaucoup; car pour casser le jugement qui a décidé le contraire, il faudrait que la chose fût claire comme le jour.

» Mais c'est trop peu dire : il est clair, plus clair que le jour même, que telle n'a pas été l'intention du donateur.

» 1° Encore une fois, le donateur ne s'est réservé que l'usufruit; il s'est donc exproprié; il n'a donc pas conservé le droit de disposer de la propriété au préjudice de son neveu, en choisissant par la suite l'un de ses enfans à naître, pour la recueillir même du vivant de leur père.

» 2° A qui se réfèrent dans le contrat, les mots *toutefois au choix de Charles Ladevèze*, prêtre? Ils se réfèrent au membre de phrase qui les précède immédiatement, et avec lequel ils ne font qu'un seul contexte, c'est-à-dire, aux mots *ou à un ou plusieurs enfans qui seront procréés du présent mariage.* Le donateur ne s'est donc pas réservé, par ces termes, la faculté de choisir entre son neveu et un ou plusieurs de ses enfans : les droits du neveu étaient invariablement fixés par l'acceptation qu'il venait de faire de la donation *pure, parfaite et irrévocable* de son oncle.

» *Septième objection.* Supposons la loi *cùm quidam* applicable à la cause dont il s'agit. Dans cette hypothèse, le tribunal civil de la Haute-Loire, par son jugement confirmé par le tribunal d'appel de Riom, aura violé cette loi elle-même; car, d'après la règle qu'elle établit, les enfans devaient être considérés comme donataires actuels avec leur père; et le bien donné devait être censé leur avoir appartenu conjointement avec celui-ci, dès le moment de la donation.

» *Réponse.* Nous avons déjà détruit cette objection, en observant que la loi *cùm quidam* contient deux dispositions bien distinctes; que, par l'une, elle établit la nécessité de convertir la disjonctive *ou* en copulative, lorsqu'elle se trouve entre plusieurs personnes appelées à une même chose; que, par l'autre, elle déclare que chacune de ces personnes doit prendre sa portion virile dans la chose donnée; mais que si, comme on n'en peut douter, la première de ces dispositions est applicable aux donations faites *à telles personnes ou à leurs enfans à naître*, il n'en peut pas être de même de la seconde, puisque des enfans non encore nés ne peuvent pas concourir avec leur père, et que de là résulte pour eux la nécessité de les considérer comme appelés à recueillir après lui, c'est-à-dire, comme fidéicommissaires.

» Ajoutons que Furgole (sur l'art. 19 de l'ordonnance de 1747) confirme par son autorité et par celle du président Favre, tout ce que nous avons dit à cet égard; après avoir prouvé que, dans le cas d'une disposition faite en faveur *d'un tel et de ses enfans actuellement existans*, les enfans doivent concourir avec leur père, il ajoute : *Si les enfans appelés conjointement avec leur père, ne sont pas encore nés ou conçus....., comme la disposition en faveur des enfans ne peut pas se vérifier et ne doit pas être inutile, et que, s'ils n'existent pas...., ils ne peuvent pas concourir, il faut qu'ils soient appelés, non par la vulgaire seulement, mais successivement par la fidéicommissaire, comme s'explique fort bien M. le président Favre, dans son Code, liv.* 9, *tit.* 8, *déf.* 9, *parceque, d'un côté, la vulgaire ne peut avoir lieu que quand ceux qui sont appelés, existent*, esse enim debet cui datur (*loi* 14, *D.* de jure codicillorum); *d'autre part....., s'ils n'existent pas, les paroles indiquent le trait du temps auquel ils pourront concourir par leur existence : par conséquent, afin que la disposition qui regarde les enfans, ne soit pas inutile, il faut la prendre dans le sens de la fidéicommissaire..... Selon certains auteurs, entre autres M. Maynard, liv.* 5, *chap.* 37, *lorsque les enfans sont appelés avec leur père par la disjonctive* ou, *ils ne sont censés appelés que par la vulgaire; car si le testateur appelle* Titius ou ses enfans, *il s'exprime de manière à faire entendre qu'il ne veut appeler que* Titius ou bien

Digitized by Google

ses enfans, *par l'alternative, et non les uns et les autres par concours ni par ordre successif en vertu de la fidéicommissaire... Mais les auteurs qui ont raisonné ainsi, n'ont pas fait attention qu'il y a un texte précis dans le droit, savoir, la loi 4, C.* de verborum significatione, *qui a déclaré d'une manière expresse et précise, que, quand plusieurs personnes sont comprises dans la même disposition par l'alternative ou la disjonctive, comme s'il est dit :* Je lègue à Titius ou à Mævius telle chose, j'institue Titius ou Mævius, je substitue tel ou tel; *c'est tout de même que si le testateur avait dit :* Je lègue à Titius et à Mævius telle chose; j'institue Titius et Mævius; je substitue tel et tel; *en sorte que tous sont appelés conjointement et par concours, de même que s'ils avaient été conjoints par la copulative; pourvu néanmoins qu'ils soient vivans et existans, lorsque la disposition doit être exécutée, comme nous l'avons expliqué pour le cas de la vocation simultanée par la copulative..... Voilà pourquoi il faut appliquer au cas où deux ou plusieurs personnes sont appelées à la même disposition par la disjonctive ou l'alternative, ce que nous avons dit par rapport à celles qui sont appelées à la même disposition par la copulative.*

» *Huitième objection.* Dans les espèces dont s'occupe la loi *cùm quidam*, il n'y a qu'une seule disjonctive, et dans le contrat de mariage de 1737, il s'en trouve deux : *a donné..... audit Jean-Gabriel Jouve-Ladevèze, son neveu, acceptant....*, ou à *un* ou *plusieurs des enfans qui seront procréés du présent mariage...* Dans votre système, il faut, ou que les deux disjonctives subsistent, ou que l'une et l'autre soient converties en copulatives : au premier cas, point de fidéicommis; au second, il faut dire qu'au fidéicommis sont appelés à la fois *et un et plusieurs enfans*, ce qui présente un sens inadmissible par son absurdité même.

» *Réponse.* Le demandeur se serait épargné cette objection, s'il eût bien voulu lire jusqu'au bout la clause de laquelle il argumente. La voici en entier : *A donné.... audit Jean-Gabriel Jouve-Ladevèze, son neveu, acceptant et remerciant comme dessus, ou à un ou plusieurs des enfans qui seront procréés du présent mariage, toutefois au choix dudit sieur Charles de Ladevèze, prêtre, la moitié du jardin, etc.*

» Il est évident par ces mots, *toutefois au choix dudit sieur Charles de Ladevèze, prêtre*, que l'intention de celui-ci n'a pas été de donner en seconde ligne à un et à plusieurs de ses futurs petits-neveux, *mais bien à un* ou *plusieurs d'entre eux*, qu'il se réservait de désigner par la suite.

» Il serait donc absurde de donner un sens copulatif à la disjonctive *ou* placée dans ce membre de phrase; et l'on ne pourrait l'interpréter ainsi, que par une très-fausse application de la loi *cùm quidam*, dont l'auteur n'a jamais pensé à convertir la particule *ou* en copulative, quand elle serait employée dans les dispositions par lesquelles le testateur ou donateur aurait expressément retenu l'option entre les deux individus qu'il aurait appelés alternativement.

» Mais s'ensuit-il de là que l'on ne doive pas entendre, dans le sens copulatif, la première particule *ou* qui se trouve dans la phrase dont il s'agit? Non certainement, et tout, au contraire, commande cette interprétation. Elle est commandée par l'impérieuse nécessité de donner un effet, quel qu'il soit, à la vocation des enfans à naître. Elle est commandée par la certitude que, sans cette interprétation, la vocation des enfans n'aurait ni effet ni sens quelconque. Elle est commandée surtout par une loi qui, par sa toute-puissance, nous l'avons déjà dit d'après Furgole, *détermine le sens des paroles, comme s'il y avait une conjonctive, lorsque l'alternative se trouve entre plusieurs personnes.*

» Tout se réunit donc pour justifier le jugement du tribunal d'appel de Riom, et pour assurer aux enfans Ladevèze le rejet de la demande tendant à le faire casser ».

Cette demande a été effectivement rejetée par un arrêt contradictoire du 17 messidor an 11, au rapport de M. Bailly, ainsi conçu :

« Vu la loi 64, D. *de legatis* 1°, qui porte : *in causâ fideicommissi, utcumquè precaria voluntas quæreretur, conjectura potuit admitti*; la loi 1, C. de *fideicommissis*, qui dit : *voluntatis defuncti quæstio in æstimatione judicis est*; la loi 53, D. *de verborum significatione*, dont voici les termes : *Sæpè ità comparatum est ut conjuncta pro disjunctis accipiantur et disjuncta pro conjunctis*; la loi 4, C. *de verborum et rerum significatione*;

» Considérant que la donation dont il s'agit, était une donation *entre-vifs* faite au *futur époux* ou *à ses enfans à naître du présent mariage*; que l'étendue d'une telle libéralité et la question de savoir si elle renfermait ou non une substitution *fidéicommissaire*, dépendaient de la manière d'entendre *la volonté du donateur*, d'après les termes dans lesquels elle était exprimée et auxquels les parties donnaient deux sens opposés, que l'interprétation de ces termes et la déclaration de cette volonté étaient abandonnées aux

Digitized by Google

lumières et à la conscience des juges du fond; que le tribunal d'appel de Riom a pu, sans violer aucune loi, juger, comme il l'a fait, que la volonté de Jouve-Ladevèze avait été de donner à Jean Gabriel Jouve-Ladevèze, son neveu, futur époux, ET *à ses enfans à procréer* de son mariage avec Marie-Gabrielle Laurenson; et que ce point de fait ainsi jugé, l'application faite de la totalité de la donation aux enfans de Pierre-François Jouve-Ladevèze, en leur qualité de représentant le fils unique né du mariage de Jean-Gabriel Jouve-Ladevèze, avec la demoiselle Laurenson, à l'exclusion des enfans procréés du second mariage du même donataire avec la demoiselle Pichot, est parfaitement régulière et conforme à la loi;

» Considérant, sous un autre rapport, qu'en décidant que le donateur était, à l'époque de la donation, propriétaire de la *totalité* du jardin y énoncé, les juges d'appel de Riom n'ont également décidé qu'un *fait*, dont la décision était laissée à leur sagesse; et qu'en adjugeant, par suite, la moitié de ce jardin aux frères et sœurs Jouve-Ladevèze, défendeurs à la cassation, ils se sont conformés au texte formel de l'acte du 23 février 1737;

» D'où il suit que le jugement attaqué ne contient ni contravention aux lois qui prescrivent l'exécution des contrats, ni fausse application ou violation d'aucune autre loi;

» Le tribunal rejette le pourvoi . . . . ».

II. Mais aujourd'hui qu'aux termes de l'art. 896 du Code civil, la substitution prohibée emporte la nullité de la disposition principale qu'elle a pour objet de grever, pourrait-on encore juger qu'il y a substitution dans une donation entre-vifs qui serait faite, soit *à tel* ET *à ses enfans à naître, soit à tel* ou *à ses enfans à naître?*

Non, parcequ'à la différence de l'ordonnance de 1731 dont les art. 11 et 12 permettaient les donations entre-vifs en faveur de personnes non encore conçues, l'art. 906 du Code civil déclare incapables de recevoir par donations entre-vifs les personnes non encore conçues au moment de la disposition, et par testament les personnes non encore conçues à l'époque du décès du testateur.

En effet, il n'en est pas d'une substitution infectée d'un vice qui lui est propre et qui la rendrait sans effet alors même qu'elle serait permise, comme d'une substitution qui n'est que prohibée. La nullité de celle ci vicie la disposition principale qu'elle a pour objet de grever; mais la nullité de celle-là ne frappe que la clause qui la renferme, et la fait seulement réputer non écrite (1). Ainsi, dit M. Rolland de Villagues, dans son *Traité des substitutions prohibées par le Code civil*, n° 158, la doctrine de Furgole, adoptée par l'arrêt de la cour de cassation, du 17 messidor an 11, quoique, « très-conforme aux principes sous l'empire d'une législation qui autorisait les substitutions, puisqu'alors le testateur devait être censé n'avoir écrit rien d'inutile, ne peut plus être invoquée aujourd'hui, parceque la donation aux enfans *à naître* étant nulle en elle-même, on ne peut induire une substitution d'un acte qui, sous aucun rapport, ne pourrait jamais être obligatoire ».

§. IV. 1° *Y a-t-il Substitution fidéicommissaire dans un contrat par lequel plusieurs co-propriétaires par indivis d'un immeuble, voulant en conserver entre eux successivement la totalité, s'en font une donation entre-vifs, mutuelle et irrévocable, les uns aux autres, avec accroissement entre eux, à mesure que chacun d'eux viendra à mourir?*

2° *Y a-t-il Substitution fidéicommissaire dans la clause d'un testament par laquelle le testateur, en instituant des mineurs légataires universels, ordonne que les parts de ceux d'entre eux qui décéderont en minorité, appartiendront aux survivans?*

3° *Y a-t-il Substitution fidéicommissaire dans la clause d'un testament par laquelle le testateur, en instituant légataires universels tous les enfans de deux de ses neveux, y compris, par contravention à l'art. 906 du Code civil, ceux qui ne seront conçus qu'après sa mort, ordonne que ses biens resteront indivis jusqu'à la majorité du plus jeune d'entre eux, que ceux-là seuls viendront au partage qui atteindront leur majorité complette, et que les parts de ceux qui décéderont auparavant, accroîtront à ceux qui les survivront?*

4° *Y a-t-il Substitution fidéicommissaire dans une disposition à titre gratuit par cela seul qu'il s'y trouve une clause de retour au profit d'autres personnes que le disposant?*

I. Voici une espèce dans laquelle j'ai traité la première de ces questions.

Le sieur Lemoine avait un frère connu sous le nom de Lemoine d'Herly, et quatre sœurs.

Le sieur Lemoine d'Herly et deux des sœurs

(1) *V.* ci-après, §. 4, n° 4-1°, et §. 14.

Digitized by Google

sont décédés avant la loi du 24 novembre 1792.

L'une des deux autres sœurs est morte en 1795.

Elle laissait pour héritiers *ab intestat* sa sœur survivante et le sieur Lemoine, son frère.

Ainsi, il n'était pas douteux que le sieur Lemoine n'eût droit à la moitié de tous les biens libres qu'elle avait laissés.

Mais il fut question de savoir si elle avait possédé comme bien libre, et si en conséquence elle avait transmis à ses héritiers *ab intestat*, la moitié du domaine de Migeau, ou si, au contraire, la totalité de ce domaine n'appartenait pas à la sœur survivante.

La difficulté dérivait d'un acte du 19 juillet 1780, par lequel les quatre sœurs et le sieur Lemoine-d'Herly, co-propriétaires de ce domaine qu'ils avaient acheté ensemble en 1777, de leur mère commune, *voulant en conserver entre eux* SUCCESSIVEMENT *la totalité*, s'étaient fait une *donation entre-vifs, mutuelle et irrévocable les uns aux autres, avec accroissement entre eux, à mesure du décès du premier mourant d'eux, ce acceptant respectivement par chacun d'eux, des parts et portions* qui leur appartenaient, *faisant un cinquième au total.*

Le tribunal civil du département de la Seine avait jugé, le 9 fructidor an 5, que cette donation était nulle, d'après l'art. 15 de l'ordonnance de 1731, parcequ'elle portait, de la part de chacun de ses auteurs, sur un bien que chacun d'eux devait, en cas de survie, recueillir, d'abord dans la succession du premier mourant, ensuite dans celle du second, puis dans celle du troisième, enfin dans celle du quatrième, et par conséquent sur un *bien à venir*. Mais sur l'appel de la demoiselle Lemoine, un arrêt de la cour d'appel de Paris, du 15 fructidor an 8, a infirmé le jugement du tribunal civil de la Seine, et rejeté la prétention du sieur Lemoine.

Le sieur Lemoine, à son tour, a attaqué cet arrêt, et en a demandé la cassation.

Son premier moyen consistait à dire que l'acte du 19 juillet 1780 contenait un fidéicommis graduel et réciproque; et cette assertion le conduisait à la conséquence invincible, suivant lui, que la cour d'appel avait violé tout à la fois l'art. 34 de l'ordonnance de 1747 et l'art. 2 de la loi du 14 novembre 1792, portant abolition des Substitutions fidéicommissaires.

« Une première question se présente à ce sujet (ai-je dit, en portant la parole sur cette affaire à la section des requêtes): c'est de savoir si, en supposant l'existence d'un fidéicommis dans l'acte du 19 juillet 1780, le sieur Lemoine, qui n'en a pas dit un mot devant le tribunal de première instance, ni devant celui d'appel, est recevable à s'en faire un moyen devant le tribunal de cassation.

» Il semble, au premier aspect, que le sieur Lemoine ne peut pas reprocher à ses juges de n'avoir pas vu dans l'acte dont il s'agit, ce qu'il n'y avait pas vu lui-même.

» Cependant si les juges ont pris pour un *contrat commutatif et aléatoire* (ce sont leurs propres termes), ce qui n'était véritablement qu'une substitution;

» Si, par là, ils ont fait valoir comme une obligation légale, une disposition que la volonté du législateur leur commandait de regarder comme non-avenue;

» Si enfin ils ont, par erreur de droit, pris le change sur la substance d'un acte qu'ils avaient sous les yeux, et dont les défenses respectives des parties les mettaient dans la nécessité de déterminer fixement le caractère;

» Qui peut douter que l'on ne puisse soumettre à votre examen leur manière de voir, et provoquer votre censure suprême sur la méprise dans laquelle ils ont pu tomber?

» Bien sûrement, la condition du sieur Lemoine ne peut pas, parcequ'il a été condamné contradictoirement, être pire que s'il se fût laissé condamner par défaut; il serait absurde de donner à celui qui s'est complettement refusé à éclairer par sa défense, la religion d'un tribunal d'appel, plus d'avantage qu'à celui qui s'est présenté devant ce tribunal, qui lui a exposé tous les faits de la cause, qui lui en a soumis tous les actes, et qui, sur les moyens de droit, n'a pas dit tout ce qu'il aurait pu dire.

» Or, si le sieur Lemoine, assuré que le tribunal d'appel avait sous les yeux la pièce fondamentale de sa demande, l'acte du 19 juillet 1780, s'était reposé du succès de sa réclamation sur les lumières de ce tribunal, et qu'il se fût laissé juger par défaut, très-certainement il serait recevable à se pourvoir devant vous, et à présenter comme moyen de cassation celui qu'il emploie aujourd'hui en première ligne.

» Pourquoi donc en serait-il autrement dans la position où il se trouve? Le bon sens seul se révolte à la seule idée d'une pareille différence; mais ce n'est pas tout: elle est également condamnée par l'un des premiers principes de l'ordre judiciaire.

» S'il y a, en effet, dans l'ordre judiciaire, une maxime constante, c'est celle qui établit que les juges sont obligés de suppléer d'office les moyens de droit que peuvent omettre les

Digitized by Google

parties; et c'est la disposition expresse de la loi unique, C. *ut quæ desunt advocatis partium judex suppleat* (1).

» Il n'y a donc aucun doute que le sieur Lemoine ne soit recevable à vous proposer son premier moyen de cassation; et dès-là, il est de notre devoir d'examiner quel est le mérite de ce moyen.

» D'abord est-il vrai, comme le soutient le sieur Lemoine, qu'il y ait dans l'acte du 19 juillet 1780, une Substitution fidéicommissaire?

» Ni le mot *Substitution*, ni le mot *Fidéicommis* ne se trouvent dans cet acte. Mais qu'importe le mot, si la chose y est? C'est une vérité généralement reconnue, dit Peregrinus, dans son Traité *de fideicommissis*, art. 1er, nº 47, qu'il n'y a point d'expressions spécialement determinées pour établir la Substitution fidéicommissaire; et la loi 2, C. *communia de legatis et fideicommissis*, est là-dessus très-formelle: *omne verbum*, dit-elle, *significans testatoris legitimum sensum fideicommittere, utile atque validum est.* Il est même indifférent que le substituant se soit servi de termes impropres, pourvu qu'il en résulte suffisamment qu'il a voulu substituer fidéicommissairement: il faut alors abandonner même le sens propre des mots: *à significatione verborum recedi oportet, cùm manifestum est aliud sensisse testatorem*, dit la loi 59, D. *de legatis* 3°.

» Et qu'on ne dise pas que ces maximes sont limitées aux fidéicommis testamentaires. Si les lois que nous venons de citer, ne parlent que des fidéicommis testamentaires, c'est que les testamens étaient, dans l'ancien droit romain, les seuls actes par lesquels il fût permis de substituer fidéicommissairement. Par le droit nouveau, consigné dans la loi 3, C. *de donationibus quæ sub modo*, la même faculté fut attribuée aux donateurs entre-vifs; et l'ordonnance de 1747 avait expressément approuvé cette extension: *la matière des donations et celle des testamens* (y était-il dit, dès le préambule) *ont fait le sujet de nos ordonnances des mois de février* 1731 *et août* 1735; *nous nous sommes proposé d'établir la même uniformité de jurisprudence à l'égard des Substitutions fidéicommissaires*, QUI PEUVENT SE FAIRE ÉGALEMENT PAR L'UN ET PAR L'AUTRE GENRE DE DISPOSITION. Mais en transplantant ainsi les Substitutions fidéicommissaires dans les donations entre-vifs, on leur y conserva leur première nature; et suivant la remarque de *Peregrinus*, art. 51, nº 19, ils demeurèrent sujets, dans les donations mêmes, à toutes les règles qui les gouvernaient dans les testamens; sauf qu'à la fin nos fidéicommis entre-vifs devinrent irrévocables. Ainsi, de même que, dans les testamens, on pouvait substituer fidéicommissairement par toutes sortes de termes, de même aussi on le pouvait dans les donations entre-vifs; et dans celles-ci comme dans ceux-là, dès que la volonté de substituer était manifeste, on ne pouvait élever aucune difficulté sur le plus ou le moins de justesse des expressions qui avaient été employées à cet effet.

» Dans l'espèce, les auteurs de la donation du 17 juillet 1780 ne se sont servis ni du mot *substitution* ni du mot *fidéicommis*; ils ont, au contraire, employé le mot *accroissement* qui présente une idée toute différente: mais, encore une fois, qu'importe le mot? Examinons la chose.

» Il y a fidéicommis toutes les fois que, dans un acte de libéralité, la personne gratifiée est chargée de rendre à une personne gratifiée en second ordre, la chose qui lui a été donnée. Il y a fidéicommis toutes les fois qu'il y a deux donataires appelés successivement, l'un qui reçoit directement de la main du donateur, l'autre qui ne reçoit du donateur que par le canal du premier donataire. Il y a fidéicommis toutes les fois que le donataire direct sert en quelque sorte d'entrepôt pour faire arriver l'objet de la donation au donataire substitué. En un mot, il y a fidéicommis toutes les fois que le donateur a voulu que le second donataire n'arrivât à la chose donnée, qu'après qu'elle aurait été possédée pendant un temps quelconque par le premier; dès que ce vœu paraît, il y a charge de rendre, et par conséquent Substitution fidéicommissaire.

» Or, ici, que voyons-nous? Cinq co-propriétaires par indivis d'un immeuble, se font réciproquement donation de leurs portions dans ce bien. Ainsi, chacun donne et reçoit un cinquième. Mais on ne se borne point à ce premier degré de disposition: chacun des cinq donateurs veut qu'à la mort du premier des cinq donataires, le cinquième qui lui a été donné, accroisse aux quatre donataires qui resteront; il veut qu'à la mort du second des cinq donataires, le cinquième qui lui a été donné, et le quart du cinquième donné au premier mourant, accroissent aux trois autres donataires; il veut qu'à la mort du troisième des cinq donataires, le cinquième qui lui a été donné, le quart du cinquième donné au premier mourant, et le tiers du cinquième donné au second mourant, accroissent aux deux do-

(1) *V.* le *Traité des substitutions prohibées par le Code civil*, par M. Rolland de Villargues, nº 294.

Digitized by Google

taires qui lui survivront; il veut enfin qu'à la mort du quatrième des cinq donataires, le cinquième qui lui a été donné, le quart qu'il a pris dans le cinquième du premier mourant, le tiers qu'il a recueilli dans le cinquième du second, et la moitié qui lui est échue, par le décès du troisième mourant, dans le cinquième de celui-ci, accroissent à celui qui restera le dernier, et qui, par ce moyen, se trouvera propriétaire de la totalité de l'immeuble.

» Voilà donc une donation dans laquelle les donataires directs sont réciproquement appelés à recueillir les portions les uns des autres, à les recueillir dans un ordre successif, à les recueillir après que chacun d'eux en aura joui jusqu'à son décès; cette donation renferme donc un véritable fidéicommis, ou jamais fidéicommis n'a été consigné dans une donation.

» Cela posé, le tribunal d'appel de Paris a-t-il pu ordonner que l'acte du 19 juillet 1780 fût, au mépris de l'ordre des successions *ab intestat*, exécuté en faveur du dernier vivant des cinq donataires, ou, ce qui est la même chose, en faveur du substitué aux quatre donataires prédécédés.

» Non: car, d'un côté, l'art. 30 de l'ordonnance de 1747 veut que *toutes les substitutions faites, soit par contrat de mariage ou* AUTRE ACTE ENTRE-VIFS, *soit par disposition à cause de mort*, EN QUELQUES TERMES QU'ELLES SOIENT CONÇUES, *ne puissent s'étendre au delà de deux degrés de substitués, outre le donataire, ou autre qui aura recueilli le premier les biens du donateur ou testateur;* et certainement il résulte de cette disposition, que le fidéicommis contenu dans l'acte du 19 juillet 1780, s'était éteint à la mort du quatrième des cinq co-donataires; car le premier mourant ayant possédé comme donataire direct, le second mourant avait nécessairement possédé comme premier substitué, et par conséquent, avait rempli le premier degré de la substitution. Le troisième mourant avait, par la même raison, possédé comme second substitué, et avait par suite rempli le deuxième degré. Ainsi, au décès du troisième mourant, tout ce qu'il tenait directement de la donation, et tout ce qu'il avait recueilli par la mort des deux mourans antérieurs, s'est trouvé dégagé des liens du fidéicommis, et conséquemment soumis à la loi des successions *ab intestat*.

» Nous venons de dire que le premier mourant avait possédé comme donataire direct; et c'est une vérité qui se sent d'elle-même; car d'après la donation mutuelle que contient l'acte du 19 juillet 1780, ce n'est plus sa portion originaire dans le domaine commun, que le premier mourant a possédée jusqu'à son décès; il n'a plus possédé, postérieurement à cet acte, que ce qui lui avait été donné dans ce domaine, par chacun de ses quatre co-donateurs et co-donataires; quant à son cinquième originaire, il l'avait donné, il s'en était dessaisi: il ne pouvait donc plus le posséder.

» Ainsi, nul doute que le premier degré de la substitution n'ait été réellement rempli par le second mourant des co-donataires, comme le deuxième l'a été par le troisième mourant.

» Mais, d'un autre côté, quand on voudrait faire abstraction de la personne du premier mourant, et ne considérer comme donataire direct que le second mourant; quand on voudrait par suite considérer le troisième mourant comme n'ayant rempli que le premier degré de la substitution; et quand, par une conséquence ultérieure, on irait jusqu'à supposer que le quatrième mourant eût commencé, après la mort du troisième, à jouir comme grevé, au moins on ne pourrait disconvenir qu'il a été ensuite affranchi des liens du fidéicommis, par la loi du 14 novembre 1792.

» Ainsi, ou c'est la loi du 14 novembre 1792, ou c'est l'art. 30 de l'ordonnance de 1747, qui a été violé par le jugement du tribunal d'appel de Paris.

» Ou plutôt ce jugement a violé l'une et l'autre, puisqu'au mépris de l'une et de l'autre, il a décidé que le quatrième mourant n'avait possédé qu'à la charge de rendre au survivant des cinq co-donataires, et attribué au survivant des cinq co-donataires la totalité de ce qu'avait laissé le quatrième mourant.

» Et sur quoi s'est-il fondé pour juger d'une manière aussi étrange? Il s'est fondé sur ce que, par l'acte du 19 juillet 1780, la propriété de l'immeuble qui en était l'objet, avait été donnée en entier à un seul des contractans; qu'à la vérité, le donataire de la totalité de cet immeuble n'était pas encore connu au temps de l'acte, mais que l'événement de la survie l'avait fait connaître; qu'ainsi, le prédécès des autres contractans n'avait pas augmenté son droit, et n'avait fait que le manifester à l'instant où il leur avait survécu.

» Dans tout cela, rien que d'exact; mais il faut y ajouter un mot qui se trouve dans l'acte même du 19 juillet 1780: c'est qu'à la mort de chacun des cinq donateurs, *les survivans devaient être successivement saisis* de

Digitized by Google

sa part dans l'immeuble ; c'est que le dernier vivant ne devait arriver à la propriété du total que par l'intermédiaire de la saisine successive de chacun des co-donataires qui seraient morts immédiatement ou médiatement avant lui : *Voulant* (ce sont les propres termes de l'acte) *que les survivans en soient successivement saisis, de manière que le dernier vivant d'eux soit et demeure propriétaire et possesseur de la totalité.* Or, nous l'avons déjà dit, dès qu'il y a ordre successif dans la vocation, il y a fidéicommis, parceque le premier qui recueille est nécessairement chargé de rendre au second, le second au troisième, et ainsi de suite.

» Le tribunal d'appel de Paris s'est encore fondé sur ce que les contrats de la nature de celui du 16 juillet 1780, n'ont rien de contraire aux lois ni aux mœurs ; et qu'ils sont reconnus valables par l'ordonnance de 1731, qui, par une disposition expresse, les assujétit à l'insinuation.

» Sans doute, les donations mutuelles sont valables en elles-mêmes ; mais quand elles contiennent substitution, leur effet ne peut pas s'étendre au-delà des deux degrés fixés par l'art. 30 de l'ordonnance de 1747 ; et la substitution ne peut plus avoir lieu depuis la loi du 14 novembre 1792.

» Enfin, le tribunal d'appel s'est fondé sur ce que ces sortes de contrats *ne contiennent même pas une véritable donation, dont l'essence est purement gratuite, tandis que les prétendus donateurs ne se constituent tels que dans l'espérance de recueillir l'effet entier de toute la donation soumise par eux à une chance dont chacun d'eux espère profiter; ce qui rend ces contrats véritablement commutatifs et aléatoires.*

» Ici, comme vous le voyez, le tribunal d'appel se met en opposition avec lui-même et avec la loi :

» *Avec lui-même* : car dans le motif précédent, il avait reconnu que l'acte du 19 juillet 1780 était une donation véritable, puisqu'il avait cité l'ordonnance de 1731, qui, par une disposition expresse, l'assujétissait à l'insinuation ;

» *Avec la loi :* car l'art. 20 de l'ordonnance de 1731, en assujétissant à l'insinuation les *donations mutuelles, quand même elles seraient entièrement égales,* condamne bien clairement l'opinion de Ricard, qui, dans son *Traité du don mutuel*, chap. 4, avait enseigné que les donations réciproques, entièrement égales, devaient être considérées comme des contrats onéreux ; et il donne la préférence à la doctrine de Ferrière, qui, sur l'art. 280 de la coutume de Paris, avait soutenu que la donation réciproque était proprement une libéralité qui se faisait entre deux ou plusieurs personnes au profit du survivant.

» Au surplus, nul doute qu'on ne puisse substituer par toutes sortes de donations entre-vifs ; nul doute par conséquent qu'on ne le puisse par une donation mutuelle, comme par une donation simple.

» On sent, d'après cela, qu'il devient inutile de discuter les deux autres moyens de cassation du demandeur.

» Dès que l'acte du 19 juillet 1780 est reconnu contenir une Substitution, il est évident qu'on ne peut pas, pour ce qui excède le cinquième actuel de chacun des co-donateurs, le considérer comme une donation de biens à venir, et par suite, comme prohibée par l'art. 15 de l'ordonnance de 1731.

» Mais aussi, il est évident que ce n'est que par l'effet de la Substitution qu'il peut et doit ne pas être envisagé comme tel; et que, cessant la Substitution, l'art. 15 de l'ordonnance de 1731 en exigerait impérieusement l'annullation.

» C'est aussi parce que l'acte du 19 juillet 1780 contient une Substitution, qu'il ne peut pas, pour ce qui excède le cinquième directement donné à chacun des co-donataires, être attaqué pour cause de défaut d'acceptation, et par conséquent de contravention à l'art. 5 de la même ordonnance; car, cessant la Substitution, l'on ne pourrait pas appliquer à cet acte la disposition de l'art. 11, aux termes duquel l'acceptation du donataire direct suffit pour faire valoir la Substitution dont est grevée la donation.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu d'admettre la requête du cit. Lemoine ».

Ces conclusions n'ont pas été suivies. Par arrêt rendu le 12 pluviôse an 9, contre l'avis de M. Poriquet, rapporteur, et de plusieurs autres juges, la requête du sieur Lemoine a été rejetée,

« Attendu, sur le premier moyen, que l'acte du 19 juillet 1780 contient simplement une donation faite au survivant des frères et sœurs Lemoine, de la maison et des biens qui leur appartenaient, avec rétention d'usufruit et clause de société commune et continuée jusqu'au décès du pénultième d'entre eux ; que cet acte n'offre aucun caractère de substitution, soit dans son expression, soit dans l'intention secrète qu'on voudrait y supposer

Digitized by Google

que cette idée de Substitution fondée sur ce que la donation est faite avec droit d'accroissement des uns aux autres, à mesure du décès du premier mourant d'eux, disparaît, si l'on considère que le droit d'accroissement ne fut stipulé que pour renforcer la disposition, mais qu'au fond la stipulation en était inutile et ne portait sur rien, puisque chacun des frères et sœurs Lemoine ayant déjà, et par l'acte, donné au dernier vivant tout ce qui lui appartenait, faisant un cinquième des objets désignés, aucun d'eux ne pouvait plus transmettre, et rien ne pouvait plus accroître aux autres; que la clause, *voulant que les survivans soient successivement saisis et mis en possession,* ne prouve pas davantage, puisqu'elle n'est évidemment relative qu'à l'usufruit réservé, la propriété étant déjà transférée à celui qui survivrait; que ce n'est pas de l'interprétation plausible dont un acte est susceptible, qu'on peut déduire cette violation formelle des lois qui seule peut donner lieu au recours en cassation; qu'ainsi, dans l'espèce, l'acte du 19 juillet 1780 ne présentant, dans sa qualification, dans son essence et dans la volonté connue des parties, qu'une donation permise, on ne peut pas dire que le jugement qui l'a confirmée, ait contrevenu aux art. 30 et 34 de l'ordonnance de 1747, concernant les substitutions, ni aux lois de 1792 qui les ont abolies;

» Attendu que le deuxième moyen, tiré de ce que l'acte du 19 juillet 1780, pris comme donation, était également nul, aux termes de l'art. 15 de l'ordonnance de 1731, *en ce que la donation qu'il contient, porterait sur des biens à venir,* n'est ni plus exacte ni même fondée, par le motif déduit ci-dessus, que chaque frère et sœur ayant littéralement donné au dernier d'entre eux qui survivrait, tout ce qui lui appartenait, faisant un cinquième des objets possédés en commun, il est évident que la donation n'a porté que sur un bien présent et actuel, sur ce que chacun possédait alors, sur ce dont il pouvait disposer, dont il a disposé en effet; et qu'ainsi, ne pouvant plus y avoir de transmission successive des uns aux autres, sauf l'accroissement de jouissance, on ne peut pas dire qu'il eût donné aucun bien à venir;

» Attendu que le troisième moyen manque absolument en fait, l'acte contenant la donation, en contenant aussi l'acceptation expresse et respective de la part de tous ceux à qui elle pouvait échoir; qu'ainsi, à cet égard, il n'y a pas non plus dans le jugement attaqué, de violation des art. 5 et 6 de l'ordonnance de 1731 ».

On ne peut que rendre hommage à la sagesse des magistrats qui mettent une circonspection aussi sévère à admettre des demandes en cassation de jugemens en dernier ressort.

Mais il est permis de croire que, si, dans cette affaire, la cour d'appel eût décidé qu'il y avait fidéicommis dans l'acte du 19 juillet 1780, et qu'alors la demoiselle Lemoine eût attaqué son arrêt, il eût été maintenu sans aucune difficulté.

Et elle l'aurait probablement ainsi jugé, si la question se fût présentée avant la loi du 14 novembre 1792. Mais cette loi ayant aboli les substitutions antérieures, il était assez naturel que l'on cherchât à en restreindre l'effet rétroactif par tous les modes d'interprétation qui pouvaient s'accommoder avec la nature et les clauses des actes.

A plus forte raison pourrait-on, aujourd'hui que les Substitutions fidéicommissaires non-seulement sont prohibées par l'art. 896 du Code civil hors des cas exceptés tant par cet article que par la loi du 27 mai 1826, mais même emportent, hors de ces cas, la nullité des dispositions qu'elles modifient, interpréter dans le même sens une donation entre-vifs du genre de celle dont il s'agissait dans l'espèce précédente, c'est-à-dire, n'y voir qu'une donation mutuellement faite de la propriété à chacun des donataires, sous la condition qu'il survivra tous les autres, et qu'à défaut d'accomplissement de cette condition, il ne sera qu'usufruitier : condition qui n'a rien de contraire à la maxime que la propriété ne peut pas rester en suspens, puisqu'elle n'empêche pas que la propriété ne réside, dès le moment de la donation, sur la tête de chaque donataire mutuel, et qu'elle a seulement l'effet de la résoudre, lorsqu'elle vient à manquer. Cette interprétation serait parfaitement d'accord avec un principe que j'ai développé dans des conclusions du 5 juin 1809, rapportées dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Substitution fidéicommissaire*, sect. 8, n° 7, et sur lequel je reviendrai encore ci-après, n° 4-3°, savoir, que, dans le doute sur le sens d'une clause, il faut s'attacher au sens d'après lequel l'acte dont elle fait partie, doit avoir son effet, plutôt qu'à celui d'après lequel cet acte devrait être annulé.

II. Le même principe nous donnera la clé de la seconde question.

Si on la décidait d'après le droit romain, il ne serait pas douteux que l'on ne dût considérer comme renfermant une Substitution fidéicommissaire, la clause d'un testament par laquelle le testateur, en instituant des

Digitized by Google

mineurs légataires universels, ordonnerait que les parts de ceux d'entre eux qui décéderont en minorité, appartiendront aux survivans.

Mais, sous le Code civil, on peut dire que, pour ne pas interpréter l'institution d'héritier dans un sens qui la rendrait nulle, il faut, en entrant dans l'esprit du testateur, la diviser mentalement en deux dispositions différentes : l'une, qui embrasse collectivement tous les institués; l'autre, qui se rapporte à chacun d'eux individuellement; que la première est pure et simple; mais que la seconde est subordonnée, dans la personne de chaque institué, à la condition résolutoire, *s'il ne meurt pas avant la majorité de tous;* que, par l'effet de cette condition, ceux qui viennent à mourir avant la majorité du plus jeune, sont censés n'avoir jamais été saisis de la propriété, parceque, dans les testamens, la condition résolutoire rétroagit, aussi bien que la condition suspensive, jusqu'au jour de la mort du testateur, comme elle rétroagit dans les contrats, jusqu'au jour où l'obligation a été formée; qu'ainsi, chacun des institués est bien saisi de la propriété à l'instant même où le testateur rend le dernier soupir, mais qu'il ne l'est que sous une condition qui, si elle arrive, fera réputer sa saisine comme non-avenue; qu'il suit de là que l'institution est conditionnelle pour chacun d'eux; mais que faire dépendre d'une condition la transmission d'une propriété, ce n'est point faire une substitution; qu'il ne peut y avoir substitution, que lorsqu'il y a vocation *ordine successivo*, et par conséquent lorsqu'on ne peut parvenir aux biens donnés que par un possesseur intermédiaire.

III. Mais n'y a-t-il pas substitution proprement dite, lorsque le testateur, en instituant tous les enfans de deux de ses neveux, y compris ceux qui ne seront conçus qu'après sa mort, ordonne que tous ses biens resteront indivis jusqu'à la majorité du plus jeune, que ceux-là seuls viendront au partage qui atteindront leur majorité complète, et que les parts de ceux qui décéderont en minorité, accroîtront à ceux qui les survivront?

Cette question a été agitée au sujet d'un testament olographe fait à Bruxelles, le 6 ventôse an 12, par le sieur de Lamberts, et qui contenait, entre autres dispositions, trois articles ainsi conçus :

« 10. Je nomme et institue pour mes héritiers universels, aux conditions et sous les modifications ci-après, dans tous mes biens, tant meubles qu'immeubles, les enfans de mon neveu Lambrichs, et de ma nièce, épouse de J.-A. Kessel, née Lambrichs, par égales portions et par têtes.

» 11. J'entends, veux et ordonne que, sous le nom d'enfans de mon neveu Lambrichs, et de ma nièce, sa sœur, épouse de J.-A. Kessel, soient compris ceux à naître, quoiqu'ils ne fussent pas encore conçus au temps de mon décès...

» 12. Je veux et ordonne que le partage des biens laissés aux enfans nés et à naître de mondit neveu et de madite nièce Kessel, née Lambrichs, ne pourra se faire que lorsque le plus jeune desdits enfans nés et à naître aura atteint l'âge de majorité complète. Pendant cet état de suspension, les enfans jouiront de leurs parts dans les revenus, et les parts des mineurs seront appliquées en acquisitions de biens-fonds à leur profit, sauf que ces parts seront soumises à la réductibilité en faveur de chaque enfant à naître de mondit neveu et de madite nièce, tellement que les droits et les parts et portions de chacun dans la propriété et les revenus, ne seront définitivement déterminées et fixées qu'à la majorité desdits enfans nés et à naître ».

Le testateur étant mort, le 23 frimaire an 13, la dame Werts, exerçant pour un tiers les droits de l'héritier *ab intestat*, a prétendu que l'institution était nulle, parcequ'elle contenait une substitution prohibée par l'art. 896 du Code civil. Deboutée de sa prétention par un jugement du tribunal de première instance de Bruxelles, du 9 janvier 1818, elle en a appelé à la cour supérieure de justice de la même ville; et voici comment elle a exposé ses griefs :

« Si le testateur n'avait institué que les enfans du sieur Lambrichs et de la dame Kessel qui existeraient au moment de son décès, on concevrait qu'il n'eût point fait de substitution proprement dite, quoiqu'il ait bien clairement ordonné que ses biens restassent indivis jusqu'à la majorité du plus jeune d'entre eux, que ceux-là seuls vinssent effectivement au partage qui atteindraient leur majorité complète, et que les portions de ceux qui décéderaient auparavant, accrussent à ceux qui leur survivraient...

» Mais ce n'est point là notre espèce. Le testateur n'a pas seulement appelé ceux de ses petits-neveux qui existeraient au moment de son décès : il a encore appelé ceux qui ne naîtraient qu'après : *je veux et ordonne*, a-t-il dit, *que, sous le nom d'enfans de mon neveu Lambrichs et de ma nièce Kessel, soient compris ceux à naître, quoiqu'ils ne*

Digitized by Google

fussent pas encore conçus au temps de ma mort; et c'est entre tous ses petits-neveux nés au moment de son décès et *à naître* postérieurement, qu'il a ordonné que le partage se ferait à la majorité du plus jeune d'entre eux.

» Or, a-t-il pu disposer de cette manière, sans grever de substitution ceux de ses petits-neveux qui se trouveraient nés ou conçus à l'époque de l'ouverture de sa succession?

» Il ne l'aurait pu qu'autant qu'il eût été en son pouvoir d'instituer directement ceux de ses petits-neveux qui ne seraient conçus que postérieurement à cette époque.

» Mais d'après l'art. 906 du Code civil, nul n'est capable de recevoir par testament, s'il n'est conçu lors du décès du testateur.

» Les petits-neveux du sieur de Lamberts ne pouvaient donc être, de sa part, l'objet d'aucune disposition directe. Il n'a donc pas pu les instituer directement.

» Et cependant il a voulu qu'ils vinssent au partage de ses biens concurremment avec leurs frères ou cousins-germains conçus avant sa mort. Il a fait plus : il a voulu que, pour former leurs portions dans ce partage, on *réduisît* celles qu'y eussent prises leurs frères ou cousins-germains, si ceux-ci ne les avaient pas eus pour concurrens.

» C'est donc comme s'il eût dit en termes exprès : *Je charge mes petits-neveux conçus au temps de ma mort, de conserver et de rendre à leurs frères ou cousins-germains qui ne seront conçus qu'après, la partie de mes biens qui sera nécessaire pour composer à ceux-ci des lots égaux aux leurs.* C'est par conséquent comme s'il eût dit : *Je substitue mes petits-neveux non encore conçus au moment de ma mort, à ceux qui le seront à cette époque, jusqu'à la concurrence de ce qu'il faudra détacher des lots des seconds, pour mettre les premiers de niveau avec eux.*

» En effet, du moment que, ne pouvant pas instituer directement ses petits-neveux non encore conçus au moment de sa mort, il a cependant voulu qu'ils concourussent au partage de ses biens, il est impossible de ne pas considérer les petits-neveux conçus au moment de sa mort, comme les entrepositaires qui devaient faire arriver jusqu'à eux les parts qu'il leur assignait; il est impossible que les petits-neveux conçus après sa mort, reçoivent immédiatement leurs parts de ses mains propres; il est impossible qu'ils reçoivent leurs parts d'autres mains que de celles de leurs frères ou cousins-germains; et par une conséquence nécessaire, il est impossible que ceux-ci ne soient pas grevés de substitution en faveur de ceux-là.

» Qu'importe, dès-lors, que le mot *substitution* ne se trouve pas dans le testament? Il y a nécessairement substitution, toutes les fois qu'il y a, outre les donataires qui reçoivent directement des mains du donateur, d'autres donataires à qui, soit par la volonté expresse de celui-ci, soit par la nature des choses, la donation ne peut arriver que par l'intermédiaire des donataires directs; et telle est visiblement notre espèce.

» Mais voyons ce qu'oppose à des vérités aussi claires le jugement du tribunal de première instance.

» On y reconnaît d'abord le principe que *la circonstance la plus caractéristique des substitutions consiste en ce que l'institué est, en même temps, chargé de conserver pour rendre; ce qui présuppose nécessairement un ordre successif de pleine jouissance entre les héritiers saisis en première ligne, et les autres héritiers appelés après eux.*

» Mais, ajoute-t-on aussitôt, *dans l'espèce, le testateur a appelé directement dans le même ordre et sur la même ligne, tous les enfans de son neveu Lambrichs et de sa nièce Kessel; il n'a ordonné aucune chute ni transmission de l'un de ces neveux au profit des autres; au contraire, pour écarter toute idée d'ordre successif et de fidéicommis réciproque entre eux, il a déclaré en termes exprès que les droits et parts de chacun d'eux dans la propriété et les revenus, ne seraient définitivement fixés et déterminés qu'à la majorité du plus jeune; de manière que ces petits-neveux n'étaient réellement appelés que sous la condition qu'ils existeraient à cette époque indéfinie. Ainsi, ceux qui alors se sont trouvés ne plus exister, ont été ou devaient être censés n'avoir jamais été appelés, et, par suite, n'avoir rien eu à conserver pour rendre.*

» Tout cela serait bon, s'il n'y avait d'appelés que ceux qui existaient au moment du décès du testateur. Mais avec eux sont aussi appelés ceux qui naîtront après. Or, on l'a déjà dit, et on ne saurait trop le répéter, ceux qui sont nés après la mort du testateur, ne peuvent pas être appelés directement : ils sont incapables de recevoir, et le testateur ne peut pas les relever de cette incapacité. Cependant il les appelle par une disposition directe; il veut qu'ils concourent au partage. Il fait donc autre chose que ce qu'il dit réellement; il entend donc qu'ils recevront des mains de ceux qui sont nés avant sa mort, ce qu'ils ne peuvent pas recevoir des siennes;

Digitized by Google

il établit donc, des uns aux autres, un ordre successif, une *chute*, une *transmission*. Soutenir le contraire, c'est dire, en d'autres termes, qu'il veut que sa disposition reste sans effet à l'égard des petits-neveux qui naîtront après sa mort; car elle ne peut s'accomplir que par l'interposition des petits-neveux conçus auparavant.

» *Ceux qui existaient à l'époque du décès* (dit-on encore), *sont censés, à l'égard de ceux qui pouvaient naître postérieurement, n'avoir rien à restituer à ces derniers, vu qu'ils n'avaient pas été institués dans les quotités proportionnées au nombre de ceux des neveux qui avaient existé au décès du testateur, mais bien au nombre de ceux qui se sont trouvés ou se trouveraient exister au moment de la majorité du plus jeune d'entre eux.*

» Non sans doute, il n'y aurait pas eu de restitution à faire, de la part des petits-neveux nés avant la mort du testateur aux petits-neveux nés depuis, si les seconds avaient été capables de recevoir directement du testateur. Mais cette capacité, ils ne l'avaient pas. Ils n'ont donc pu arriver aux biens du testateur, que par l'intermédiaire des premiers. Il faut donc bien que les premiers aient été chargés virtuellement par le testateur lui-même, de leur restituer les parts qu'il leur a assignées.

» Supposons un cas qui n'est pas, à beaucoup près, impossible. Supposons que tous les petits-neveux nés avant la mort du testateur, viennent à décéder avant que le plus jeune des enfans nés depuis, ait atteint sa majorité. A quel titre ces derniers viendront-ils à la succession du testateur? Ce ne sera sûrement pas à titre d'institués, car leur institution est nulle. Ce ne sera donc qu'à titre de substitués. Il y a donc nécessairement substitution dans la disposition qui les appelle.

» Nous reviendrons dans l'instant sur cette observation décisive. Quant à présent, suivons l'ordre des argumens du tribunal de première instance.

» *Il est inexact de dire* (ce sont ses termes) *que, de cette manière, la propriété des biens serait restée en suspens, vu que, dans le fait, elle a résidé* DANS LE CHEF DE TOUS LES ENFANS NÉS ET A NAITRE COLLECTIVEMENT, *jusqu'à la majorité du plus jeune d'entr'eux, époque à laquelle elle s'est irrévocablement fixée et a dû se diviser entre ceux qui alors se sont trouvés composer cette masse collective; de sorte que ces neveux et nièces alors existans ne recevront rien, ou plutôt n'ont rien reçu des prédécédés, mais sont censés avoir recueilli la portion qui leur était attribuée par suite de la vocation directe et immédiate du testateur.*

» C'est toujours, comme l'on voit, la même erreur qui sert de pivot aux raisonnemens du tribunal de première instance. Non, les petits-neveux qui étaient nés avant la mort du testateur, n'ont rien reçu de ceux de leurs frères ou cousins-germains qui, étant nés avant la même époque, étaient morts antérieurement à la majorité du plus jeune; et la raison en est bien simple : c'est que, par l'accomplissement de la condition résolutoire sous laquelle ceux-ci avaient été institués, leur institution était réputée non-écrite; et que par conséquent, ceux qui leur survivent, sont censés avoir reçu immédiatement des mains du testateur, les portions que les prédécédés n'ont réellement jamais atteintes. Mais les petits-neveux qui ne sont nés qu'après la mort du testateur, de qui recevront-ils les parts qu'il leur a assignées? A-coup-sûr, ce ne sera pas de ses mains : il n'a pu rien transmettre directement à des êtres qui, au moment de sa mort, étaient encore dans le néant. Ils ne pourront donc recevoir que des mains de ceux des petits-neveux qui, nés avant la mort du testateur, existeront encore à l'époque du partage définitif. Or, comment recevraient-ils des mains de ces derniers, s'il n'y avait pas de substitution?

» Au surplus, nous prenons acte de l'aveu du tribunal de première instance, que, jusqu'à la majorité du plus jeune des petits-neveux, la propriété doit *résider dans le chef* d'eux tous *collectivement*, et que c'est cette *masse collective* qui est propriétaire. Cet aveu qui n'est qu'un hommage rendu à une vérité incontestable, ne laisse pourtant pas d'être ici de quelque importance; car il en résulte clairement que, quoique ceux des petits-neveux nés avant la mort du testateur, qui sont aujourd'hui décédés, ne puissent pas être considérés comme ayant été grevés de substitution en faveur des petits-neveux nés depuis, il n'en est pas de même de la *masse collective* des premiers, et que c'est à cette masse que les seconds se trouvent substitués.

» Mais, dit le tribunal de première instance, y aurait-il substitution au profit des enfans à naître après la mort du testateur, si ceux-ci avaient été capables d'être institués directement? Non certes, et l'arrêt du conseil de Brabant du 26 février 1650, rapporté par Stockmans, §. 26, nous en offre la preuve : car là, comme ici, un testateur avait institué collectivement ses neveux qui existeraient à sa mort et ses neveux qui naîtraient poste-

Digitized by Google

rieurement; et cependant ce n'est pas comme substitués, c'est comme institués, que cet arrêt a fait concourir, avec les neveux existans à la mort du testateur, les neveux conçus et nés depuis.

» Oui, sans doute, c'est comme institués, et non comme substitués, que, dans cette espèce, les neveux conçus et nés après la mort de leur oncle, sont venus à sa succession; mais pourquoi? Parcequ'alors on pouvait, par testament, disposer au profit d'enfans à naître après la mort du testateur, non seulement par simple legs, comme le prouvent une foule de textes du droit romain (1), mais encore par institution d'héritier proprement dite, comme il résulte notamment de la loi 94, D. *de heredibus instituendis*.

» En est-il encore de même aujourd'hui? L'art. 906 du code civil décide nettement que non. La première qualité requise aujourd'hui pour être habile à recevoir par testament, c'est d'exister au moment de la mort du testateur; et de là il suit nécessairement que les petits-neveux du sieur de Lamberts qui n'ont été conçus qu'après sa mort, n'ont pas pu être institués par lui. Mais s'ils ne peuvent pas venir à sa succession comme institués, à quel titre y viendront-ils donc? Ce sera indubitablement comme substitués.

» Point du tout (répond le tribunal de première instance), ils n'y viendront, si leurs co-institués le veulent, à aucun titre. Tout ce qui résulte de leur incapacité de venir comme institués, c'est que leur institution est nulle. Mais cette nullité, ce n'est qu'à leurs co-institués qu'appartient le droit de la faire valoir.

» Voilà donc la dernière ressource du tribunal de première instance: c'est de dire que l'institution des petits-neveux à naître après la mort du testateur, ne peut pas, par cela seul qu'elle est nulle comme telle, être convertie en substitution.

» Mais vaine et frivole défaite!

» Que dirait-on de la clause d'une donation entre-vifs, par laquelle le donateur, au lieu d'user de la faculté que lui laisse l'art. 951 du Code civil, de stipuler le retour à son profit, en cas de prédécès du donataire, le stipulerait au profit d'un tiers? Et que répondrait-on à l'héritier du donateur qui viendrait soutenir que la donation est nulle, parcequ'elle renferme virtuellement une substitution au profit du tiers appelé illégalement au droit de retour?

» En serait-on quitte pour dire que la stipulation du droit de retour est nulle, mais que la donation n'en demeure pas moins valable, parceque le donateur n'ayant pas exprimé littéralement la volonté de faire une substitution, l'on ne peut pas réputer telle une simple clause de retour?

» Non certes, et l'héritier du donateur répliquerait victorieusement, avec l'arrêt de la cour de cassation, du 22 juin 1812, que, si la clause de retour ne contient pas le mot *Substitution*, elle en renferme au moins la substance (1).

» Eh bien! Il en est de même ici. Le sieur de Lamberts n'a pas dit expressément: *Je charge la masse collective de mes petits-neveux existans à l'époque de mon décès, de conserver et de rendre à mes petits-neveux qui naîtront après, une portion de mes biens, ou même le tout, s'ils viennent à mourir avant la majorité du plus jeune de ceux-ci*; mais il l'a dit en termes équipollens; et il est nécessairement censé l'avoir dit, puisque ce n'est que par voie de substitution, que peut être exécutée l'institution qu'il a faite de ceux de ses petits-neveux qui ne seraient conçus qu'après sa mort.

» Que, lorsqu'une clause est susceptible de deux interprétations, dont l'une lui donnerait l'effet d'une substitution, tandis que l'autre aboutirait à un tout autre résultat, on préfère la seconde interprétation à la première, rien de plus conforme aux principes qui veulent que, dans le doute, on entende toujours les actes dans le sens qui en assure la validité.

» Mais ici que prétend-on? Interpréter l'institution des petits-neveux à naître, dans un sens qui exclue l'idée d'une substitution? Non, ce n'est point là qu'en dernière analyse on veut en venir. Il est trop évident que cette institution ne peut être exécutée qu'en la convertissant en substitution, et que par conséquent elle équipolle à une substitution expresse. Mais on veut considérer l'institution comme non écrite; on veut l'effacer du testament; on veut exécuter le testament, comme si elle n'y était pas.

» Oh! Cela est impossible. Interprétez, tant qu'il vous plaira et comme il vous plaira, ce qui est écrit; mais ne le supprimez pas. Le testateur n'a écrit l'institution, que parcequ'il la voulait; et vous ne pouvez pas diviser sa volonté: ou abandonnez-la tout-à-fait, ou prenez-la telle qu'elle est; il n'y a point

(1) *V. le Répertoire de jurisprudence*, au mot *Légataire*, §. 2, n° 4.

(1) *V.* le n° suivant.

Digitized by Google

de milieu pour vous : or, telle qu'elle est, elle renferme essentiellement une substitution; c'est donc comme substitution qu'il a voulu qu'elle fût exécutée ; et vous n'échapperez pas à cette conséquence irrésistible, en disant que l'institution est nulle, parceque ce serait, en d'autres termes, soutenir qu'elle n'est pas écrite dans le testament; parceque, dès qu'elle est écrite dans le testament, il faut qu'elle y reste, sans qu'aucune puissance humaine ait le droit de l'en retirer; parceque, dès qu'elle y reste, il faut que, malgré tous vos efforts, la nullité qui la vicie, se communique à toute la disposition dont elle forme une partie intégrante.

» Il serait vraiment bien commode à des institués sous la charge d'une substitution, de pouvoir dire à l'héritier AB INTESTAT : *La charge que nous a imposée le testateur, est nulle ; eh ! Que nous importe ? Nous n'en demeurons pas moins institués.*

» Mais ce n'est point ainsi que l'entend la loi : Il y a substitution (répond-elle), donc l'institution est nulle ; vous ne pouvez pas séparer ce qui, de la part du testateur, ne forme qu'un tout indivisible.

» Encore un mot.

» Le tribunal de première instance finit par dire, dans son dernier *attendu*, qu'il ne peut y avoir substitution dans un acte, *que lorsque la volonté en est clairement manifestée par des termes clairs et précis.*

» Eh bien ! Cette volonté ne résulte pas seulement ici de ce que le testateur a fait, a écrit, a voulu une institution qui ne pourrait être exécutée que comme substitution : elle résulte encore de ce qu'il a, *en termes clairs et précis*, déclaré que les parts des petits-neveux nés avant sa mort, seraient *soumises à réductibilité en faveur des enfans à naître ;* ce qui signifie manifestement que ceux-là se dessaisiront, au profit de ceux-ci, d'une portion des biens qu'ils auront recueillis à l'ouverture de sa succession ; ce qui par conséquent établit, pour cette portion, une véritable transmission des enfans nés avant, aux enfans nés après le décès du testateur ; ce qui, par conséquent encore, constitue, avec la plus grande évidence, l'ordre successif de vocation qui forme le caractère distinctif et essentiel de la substitution ».

En répondant à ces moyens d'appel de la dame Wertz, ses adversaires se sont attachés surtout, parceque c'était là le véritable nœud de la cause, à combattre l'argument que l'on tirait contre eux de la disposition de l'art. 906 du Code civil :

« On sait (ont-ils dit) qu'avant le Code civil, et aux termes de l'art. 12 de l'ordonnance de 1731, une donation ordinaire, ou hors contrat de mariage, faite par un collatéral ou par un étranger en faveur des enfans nés et à naître d'un individu désigné, et acceptée par les enfans déjà nés, était valable même en France, à l'égard des enfans nés et conçus dans la suite, quoique personne ne l'eût acceptée pour eux; qu'elle était valable à leur égard, non pas *ordine successivo*, mais par concours avec les enfans déjà nés ; de sorte que l'objet donné se partageait entre ceux-ci et ceux-là, à mesure qu'il survenait des naissances.

» On sait encore, et Furgole prouve clairement dans son *Traité des testamens*, chap. 6, sect. 1, n° 6, qu'en France, avant l'ordonnance de 1735, l'institution d'héritier faite par testament en faveur d'enfans à naître, était valable (comme elle l'a été bien constamment dans la Belgique, jusqu'à la publication du Code civil), quoique, lors du décès du testateur, il n'y eût pas encore d'enfans nés ou conçus ; mais que ce point de jurisprudence fut abrogé par l'art. 49 de cette ordonnance, qui voulut qu'une institution d'héritier ne pût *valoir en aucun cas, si celui ou ceux au profit de qui elle aurait été faite, n'étaient ni nés ni conçus au moment de la mort du testateur.*

» On sait enfin, et Furgole, à l'endroit cité, n° 11, en fait expressément l'observation, que la nullité prononcée par cet article, s'étendait au cas où *l'institution, outre la condition tacite,* SI NASCATUR, *serait faite sous une condition expresse qui aurait trait de temps après la mort du testateur; ce qui* (ajoutait-il) *résulte clairement des mots*, NE POURRA VALOIR EN AUCUN CAS : *car ils ont été ajoutés pour assujétir à la nullité les institutions conditionnelles par disposition expresse.*

» De cette observation de Furgole, il résulte bien qu'une institution d'héritier faite par testament en faveur des enfans à naître d'une personne désignée, aurait été entièrement nulle, si au décès du testateur, il ne s'était trouvé aucun enfant né ou conçu.

» Mais peut-il en résulter que, dans l'hypothèse d'une institution testamentaire faite en faveur d'enfans nés et à naître et littéralement étendue aux enfans qui ne seraient conçus qu'après le décès du testateur, cette institution, valable à l'égard des enfans nés ou conçus lors de ce décès, eût été de nature à être regardée comme fidéicommissaire à l'égard des enfans conçus postérieurement ?

Digitized by Google

Non, sans doute, puisque, selon Furgole, il était dans l'esprit de la loi, que l'institution de celui ou de ceux qui ne seraient ni nés ni conçus à l'époque de la mort du testateur, alors même qu'ils auraient été expressément institués pour le cas où ils ne seraient conçus qu'après cette époque. Comment d'ailleurs, le même législateur qui rédigea et l'ordonnance de 1731 et l'ordonnance de 1735, aurait-il pu entendre que l'art. 49 de celle-ci comportât la faculté de supposer un ordre successif dans une telle institution, quand il laissait subsister l'art. 12 de celle-là, d'après lequel, et dans l'hypothèse d'une donation même faite à des enfans nés et à naître, l'acceptation faite par les enfans nés lors de la donation, *devait* profiter *par concours*, et non *par ordre successif*, aux enfans à naître dans la suite.

» Cependant Furgole pensait avec M. le chancelier d'Aguesseau, dans sa lettre du 23 novembre 1737, adressée au parlement de Provence, qu'il était entré dans l'objet de l'art. 49 de l'ordonnance de 1735 de ne pas laisser de successions en suspens.

» Et certes, M. le chancelier, dans cette lettre, ainsi que Furgole, dans ses traités, n'en étaient pas pour cela moins éloignés d'imaginer qu'une institution d'héritier en faveur d'enfans nés et à naître, y compris expressément ceux qui seraient conçus après la mort du testateur, susceptible d'être considérée comme renfermant une substitution à l'égard de ces derniers.

» Furgole supposait, au contraire, que le mode de partage qu'il avait indiqué en expliquant l'art. 12 de l'ordonnance de 1731 relativement à une donation faite à des enfans nés et à naître, pouvait s'appliquer à l'institution testamentaire d'héritier dans un cas qui a quelque analogie avec celui dont il s'agit : car, sur l'art. 19 du tit. 1er de l'ordonnance de 1747, après avoir dit que, si la disposition a été faite en faveur d'un individu et de ses enfans, et que, lors de son ouverture, il n'y ait pas d'enfans nés ou conçus qui puissent concourir avec leur père, les enfans conçus après ce décès, doivent être considérés comme appelés fidéicommissairement, afin que la disposition qui les regarde, ne soit pas inutile; il se réfère au sentiment de Ricard (*Traité des substitutions*, part. 1re, n° 542), pour le cas où, lors de l'ouverture de la disposition, il existe des enfans qui peuvent concourir avec leur père, en attendant qu'il en survienne d'autres.

» Et quel est le sentiment de Ricard en cet endroit? Ricard y suppose qu'un testateur a *institué le père et tous les enfans qui en doivent naître*, il suppose aussi que *tous les enfans compris en la disposition ne fussent pas nés au jour du décès du testateur*. Et néanmoins, il rejette l'idée d'induire de là une Substitution fidéicommissaire, *vu que rien n'empêche qu'une institution ne soit pure et simple* à l'égard des uns, et conditionnelle à l'égard *des autres. Et ainsi, dans cette espèce* (ajoute-t-il immédiatement), *le père et les enfans qui se trouveront au monde lors de l'ouverture du testament, partageront entre eux la succession; de sorte que le père en prendra incommutablement la moitié; et l'autre moitié sera destinée tant pour les enfans nés qu'à naître. Et à l'égard de ceux-ci, à mesure que la condition écherra, qui est attachée à leur naissance, ils prendront leur part avec les fruits, du jour du décès du testateur; attendu qu'en matière d'institution, les conditions sous lesquelles elles sont faites, soit expresses, soit tacites, ont un effet rétroactif.*

» Nous n'insisterons pourtant pas sur cette opinion de Ricard, quoique approuvée par Furgole plus de quinze ans après la publication de l'ordonnance de 1735.

» Et nous nous bornerons à inférer des principes et des observations ci-dessus, que, d'après l'art. 49 de cette ordonnance, et dans l'hypothèse où un testateur aurait institué les enfans nés et à naître d'une ou de deux personnes désignées, en y comprenant expressément les enfans qui ne seraient conçus qu'après l'époque de son décès, cette institution, valable, à l'égard des enfans nés ou conçus à cette époque, aurait été purement et simplement nulle à l'égard des enfans conçus à une époque postérieure, sans qu'il eût été aucunement possible de les considérer comme appelés en second rang après les enfans nés ou conçus antérieurement.

» Or, qu'a fait le Code civil, en déclarant, art. 906, que, *pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur*, et en ajoutant, art. 911, *que toute disposition au profit d'un incapable sera nulle?* Il n'a évidemment fait qu'adopter, tout au plus, l'art. 49 de l'ordonnance de 1735.

» Si donc d'une institution d'héritier faite en France sous l'empire de l'art. 49 de cette ordonnance et conçue dans les mêmes termes que celle dont il s'agit dans l'espèce actuelle, il n'eût pu résulter qu'une nullité, et non une Substitution fidéicommissaire, à l'égard des enfans conçus après le décès du testateur, il est évident qu'il ne peut pas résulter autre chose d'une institution pareille faite sous

Digitized by Google

l'empire des art. 906 et 911 du Code civil.

» Rapprochons aussi ces deux articles, de l'ancienne jurisprudence belgique qui a subsisté jusqu'à leur publication.

» Il est irréfragablement établi que, sous cette jurisprudence, une institution testamentaire, faite en général au profit des enfans à naître d'une ou de deux personnes désignées, ne devait pas être considérée comme renfermant un fidéicommis à l'égard des enfans qui ne seraient conçus qu'après le décès du testateur, et qu'au contraire, elle avait pour effet naturel et sous-entendu par le testateur, d'appeler ces enfans conçus après son décès, concurremment et par portions viriles avec les enfans nés ou conçus de son vivant.

» De ce que cependant le Code civil, en adoptant, par ses art. 906 et 911, la disposition de l'art. 49 de l'ordonnance de 1735, a introduit un droit nouveau en Belgique, que pourrait-il en résulter par rapport à une pareille institution faite en Belgique sous l'empire de ce Code? Rien autre chose, sinon que cette institution serait nulle à l'égard des enfans qui ne seraient conçus que postérieurement à la mort du testateur : car, pour pouvoir ultérieurement en conclure qu'elle renfermait à l'égard de ces enfans un fidéicommis dont l'effet serait de vicier l'institution à l'égard des enfans antérieurement nés ou conçus, il faudrait aller jusqu'à dire que le Code civil, tout en prohibant les Substitutions fidéicommissaires par son art. 896, a créé un mode de Substitution fidéicommissaire jusque-là inconnu ou non reçu, du moins en Belgique; et certes, une telle conséquence serait trop absurde pour pouvoir être admise.

» Vainement donc dit-on que nous voudrions faire une fausse application de l'art. 911, et que la nullité qu'il prononce contre toute disposition faite au profit d'un incapable, n'empêche pas l'effet de la nullité résultant de la substitution.

» Non, sans doute, la nullité prononcée par cet article, n'empêcherait pas la nullité de la disposition principale, là où la disposition principale se trouverait viciée par une Substitution fidéicommissaire : mais aussi ni cet article ni l'art. 906 (l'un de ceux auxquels il se réfère), ne peuvent-ils créer ou faire supposer une Substitution fidéicommissaire là où l'auteur de la disposition n'a pas voulu en établir une; et la raison en est simple : c'est que ces deux articles qui font partie du chapitre concernant la capacité de donner ou de recevoir, n'ont rien de commun avec l'art. 896 : c'est que l'art. 896 prohibe les Substitutions fidéicommissaires et annulle avec elles la disposition principale, abstraction faite du point de savoir si d'ailleurs la personne substituée serait, ou non, capable de recevoir par testament ou par donation; au lieu que l'art. 911, en faisant abstraction de toute idée de Substitution fidéicommissaire, porte uniquement sur les personnes que d'autres articles du Code déclarent incapables de recevoir par donation ou par testament.

» Supposons, par exemple, qu'un testateur, pendant le cours de la maladie dont il est mort, ait institué pour son héritier le père du médecin qui l'a traité pendant cette maladie : l'institution sera nulle, parcequ'aux termes de l'art. 909, ce médecin est incapable d'être institué par le testateur qu'il a traité dans un tel cas, et que, par l'art. 911, il est considéré comme étant le véritable institué *sous le nom de la personne interposée* de son père.

» Que, si ce même testateur a institué pour ses héritiers son propre frère ou tout autre collatéral ou étranger, conjointement avec le père de ce même médecin, ou conjointement avec le médecin lui-même, l'institution, nulle à l'égard du médecin, sera valable à l'égard de l'autre institué, et même la moitié de l'hérédité illégalement destinée à l'incapable, lui restera par droit d'accroissement.

» Supposons aussi qu'un testateur ait institué les enfans nés et à naître de Titius, et *après eux*, ou, ce qui est la même chose, après leur mort, ceux de leurs frères qui naîtraient et seraient conçus postérieurement à son propre décès : il y aura Substitution fidéicommissaire à l'égard de ces derniers, non pas à cause de leur incapacité de recevoir, mais parceque, par leur vocation ainsi exprimée, le testateur aura évidemment et nécessairement voulu établir un ordre successif, ou imposer aux enfans gratifiés par sa disposition principale la charge de conserver et de rendre après leur mort.

» Mais si le testateur n'a fait qu'une institution unique, qu'une institution également commune et aux enfans nés ou conçus avant, et aux enfans conçus après son decès, l'institution, nulle à l'égard de ceux-ci à cause de leur incapacité personnelle, restera intégralement valable au profit de ceux-là, parcequ'elle ne portera rien avec elle, d'où doive nécessairement résulter la volonté d'établir un ordre successif.

» Nous avons dit que, pour pouvoir faire considérer comme entachée de Substitution fidéicommissaire, une institution faite en gé-

Digitized by Google

néral, et sous le Code civil, au profit d'enfans à naître ou d'enfans nés et à naître d'une ou de deux personnes désignées, c'est-à-dire, conçue dans les mêmes termes que celle sur laquelle intervint la décision du conseil souverain de Brabant rapportée par Stockmans, §. 26, louée par Voët dans son commentaire sur les pandectes, liv. 28, tit. 5, n° 13, et appliquée en principe par un arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles, du 27 novembre 1819 (1), il faudrait aller jusqu'à dire qu'en prohibant les substitutions, ce Code a créé un mode conjectural de substituer, désavoué par la jurisprudence de la Belgique, comme par la jurisprudence française.

» Mais relativement à l'institution spéciale dont il s'agit, il faudrait aller plus loin encore : il faudrait pousser l'absurdité jusqu'à dire que le Code civil a tellement créé un nouveau mode conjectural de substituer, qu'il résulterait de son texte ou de son esprit que le testateur de Lamberts, malgré sa volonté contraire, malgré une volonté exprimée en termes qui excluent toute idée d'ordre successif, a pourtant établi une Substitution fidéicommissaire, ou, ce qui est la même chose, que sa volonté, quelle qu'elle soit, doit être entendue ainsi; et cela, pour en faire découler, au gré des appelans, la nullité de l'entière institution.

» Dans le fait, il ne faut pas perdre de vue que le testateur a expressément appelé ceux des enfans de son neveu et de sa nièce, qui seraient conçus après son décès, à recueillir sa succession directement, concurremment, par têtes et par portions égales, avec ceux des enfans nés ou conçus de son vivant : il ne faut pas perdre de vue que, pour exclure de plus en plus toute ombre d'ordre successif, toute ombre de charge de conserver et de rendre, il a voulu expressément aussi *que sa succession demeurât en suspens....., que le partage de ses biens ne pût se faire....., que les droits, les parts et portions de chacun desdits enfans ne fussent définitivement déterminés et fixés que lorsque le plus jeune* d'entre eux *aurait atteint sa majorité complète.*

» Tout en qualifiant d'absurde cette volonté du testateur, l'appelante prétend qu'il en résulte une Substitution fidéicommissaire, en ce que, dit-elle, les parts ou portions recueillies dans l'hérédité par les enfans nés ou conçus lors du décès du testateur, devaient être diminuées par les portions héréditaires à revenir définitivement, par l'effet du partage, aux enfans qui seraient conçus et naîtraient dans la suite; et que, dès-là, il y avait charge de conserver et de rendre, jusqu'à due concurrence, pour la formation de la portion de ces derniers.

» Ce raisonnement se trouve déjà réfuté par les développemens dans lesquels nous sommes entrés. Nous y ajouterons néanmoins quelques observations plus directes qui achèveraient de le détruire, s'il ne l'était déjà.

» 1° Une fois constant qu'il entrait dans la volonté formelle du testateur que la propriété de ses biens demeurât en suspens jusqu'au partage, et que le partage ne se fît qu'à la majorité du plus jeune des enfans à naître, il est de toute évidence que, dans une telle volonté, il n'y avait ni ne pouvait y avoir charge de conserver et de rendre, puisque, d'après cette volonté même, les enfans derniers nés et conçus devaient, comme les premiers, recevoir directement du testateur la propriété de leurs portions.

» 2° Il est dans la nature d'une Substitution fidéicommissaire, que le grevé soit préféré au substitué. Et ici, nulle préférence accordée par le testateur aux enfans nés ou conçus avant son décès, sur ceux qui seraient conçus postérieurement, puisqu'il était dans son vœu clairement exprimé, que ceux-ci eussent avec ceux-là un droit égal et simultané au partage définitif de la propriété de ses biens.

» 3° Pour qu'il y ait charge de conserver et de rendre, il faut que le grevé doive conserver pendant sa vie et rendre à sa mort. Ici pas un mot du testateur d'où l'on puisse induire cette charge; et au contraire, toutes ses expressions en repoussent jusqu'à la plus légère idée. A la vérité, il pouvait arriver que tel ou tel des enfans nés ou conçus lors du décès du testateur, vînt à mourir avant l'époque de la majorité du plus jeune des enfans qui resteraient à naître. Mais comme c'était à cette époque seulement que, dans la pensée du testateur, les droits et les portions dans la propriété de ses biens devaient se fixer sur la tête de chacun des enfans qui se trouveraient existans, il s'ensuit nécessairement que les enfans qui viendraient à décéder dans l'intervalle, ne pourraient avoir eu aucun droit ou portion de propriété à conserver pendant leur vie et à rendre à leur mort aux survivans.

» On dit que la volonté du testateur, telle qu'il l'a exprimée, était absurde; et par là,

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Effet rétroactif*, sect. 3, §. 5, n° 6.

Digitized by Google

on veut dire sans doute qu'elle était impossible à exécuter, comme étant contraire aux art. 906 et 911 du Code civil.

» Mais une volonté absurde, ou inexécutable, de même qu'une condition impossible ou contraire à la loi, est toute autre chose que la volonté d'établir une Substitution fidéicommissaire.

» L'art. 900 du même Code qui, ainsi que les art. 906 et 911, n'a rien de commun avec l'article prohibitif des substitutions, déclare que, si un testateur ou un donateur a mis à sa disposition quelque *condition impossible*, ou *contraire aux lois*, c'est une erreur qui, à raison de la faveur attachée aux donations et aux testamens, est *réputée non écrite*.

» Et si le testateur de Lamberts est tombé dans l'erreur ou dans l'absurdité que lui objectent les appelans, c'est que, par lui même ou par son conseil, il a cru, sur la foi de Voët, de Stockmans, et peut-être aussi de Furgole, qu'il pouvait, comme il l'a fait, appeler concurremment avec les enfans nés et conçus de son vivant, ceux qui naîtraient et seraient conçus après sa mort : c'est qu'il a cru que, si, d'après ces auteurs et d'après une jurisprudence constante, l'institution des enfans nés et à naître de telle ou telle personne, avait pour effet naturel ou tacite, et sans que le testateur s'en fût aucunement expliqué, d'assurer aux enfans conçus après, comme aux enfans nés et conçus avant son décès, un droit égal au partage dont ces mêmes auteurs avaient retracé le mode, il pouvait, à plus forte raison, ordonner un tel partage en expliquant nettement son vœu à cet égard; c'est qu'il n'a pas bien entendu les art. 906 et 911; c'est qu'il a pensé que ces articles ne feraient pas obstacle à l'exécution de son vœu, alors surtout qu'au-delà des exemples puisés dans la jurisprudence, il prenait la précaution de renvoyer expressément le partage de la propriété de ses biens à l'époque où le plus jeune des enfans à naître aurait atteint sa majorité.

» Que cependant ce vœu ait été erroné, absurde, inexécutable, aux yeux de la loi nouvelle, soit : mais c'est là un point qui n'intéresse aucunement les appelans; car, si les enfans nés et conçus postérieurement au décès du testateur, ont été incapables de recevoir, sous la condition de leur naissance, les portions viriles qu'il leur destinait, ces portions seront purement et simplement restées jointes, par droit d'accroissement, ou de non-décroissement, à la masse de son hérédité sur la tête des enfans antérieurement nés ou conçus.

» Au surplus, quelque absurde ou erroné qu'ait pu être son vœu tendant à faire également concourir au partage de la propriété de ses biens, les enfans conçus après son décès, avec les enfans nés ou conçus de son vivant, il y a plus d'absurdité encore à prétendre, comme le font les appelans, que ce vœu, tel qu'il a été exprimé, doive ou puisse être regardé comme fidéicommissaire.

» Il y a plus d'absurdité encore à vouloir que le Code civil qui prohibe les Substitutions fidéicommissaires, ait pourtant créé un nouveau mode de substituer fidéicommissairement, ou, ce qui est la même chose, que ce Code puisse voir un ordre successif dans une disposition telle que l'a expliquée le testateur de Lamberts; tandis que la jurisprudence antérieure à sa publication n'aurait vu qu'un concours par têtes et par portions égales entre tous les enfans nés et conçus après ou avant le décès du testateur, dans une disposition même où le testateur se serait borné à instituer, en général et sans autre explication, les enfans nés et à naître de tel ou tel individu.

» Il y a plus d'absurdité encore à torturer la disposition dont il s'agit, à la soumettre à une argumentation conjecturale et captieuse, pour faire dire au testateur ce qu'il n'a pas dit, pour lui faire vouloir ce qu'il n'a pas voulu, pour lui prêter une intention diamétralement contraire à celle qu'il a manifestée; tandis que, dans l'hypothèse même où elle ne serait pas aussi clairement exclusive, qu'elle l'est réellement, de toute idée de Substitution fidéicommissaire, et où il serait possible d'y voir quelque doute ou quelque ambiguité à cet égard, il faudrait l'interpréter dans un sens favorable, par la raison qu'un testateur ne saurait être censé avoir voulu faire, sous l'empire du Code civil, une Substitution qui vicierait sa disposition principale, et qu'il est dans le vœu de la loi romaine qu'une disposition susceptible de deux sens, s'entende dans celui qui doit la valider, plutôt que dans celui qui entraînerait son anéantissement total ».

Sur ces raisons, arrêt du 23 mai 1822, par lequel,

« Attendu qu'il résulte formellement des termes dans lesquels sont conçus les art. 10, 11 et 12 du testament olographe du sieur Lambert de Lamberts, dont il s'agit au procès, que le testateur a appelé ceux des enfans de son neveu Lambrichs et de sa nièce, épouse Kessel, qui seraient conçus après son décès, à recueillir sa succession par têtes et portions égales, avec ceux des enfans nés ou conçus de son vivant; qu'il n'a fait qu'une seule et même institution pour les uns et pour

Digitized by Google

les autres, en les appelant tous au même degré et de la même manière, sans établir la moindre préférence envers ceux dont la naissance ou conception serait antérieure à sa mort; qu'en ordonnant que le partage des biens laissés auxdits enfans nés et à naître, ne pût se faire, et que leurs droits, parts et portions ne fussent définitivement déterminés et fixés, que lorsque le plus jeune d'entre eux aurait atteint l'âge de majorité, il a voulu que les enfans conçus après son décès, reçussent *directement* de lui, comme les autres enfans, la propriété de leur part et portion; que le testament entier ne contenant aucune expression d'où l'on puisse inférer un sens contraire, il s'ensuit évidemment que le testateur n'a point fait ni voulu faire une transmission successive de ses biens; qu'il n'a pas établi ni voulu établir, pour une part quelconque, aucun ordre successif entre les enfans nés ou conçus de son vivant, et ceux conçus après sa mort; et par une conséquence ultérieure, que le testament dont il s'agit, ne renferme point une substitution dans le sens de l'art. 896 du Code civil;

» Attendu que c'est en vain que l'appelante voudrait faire résulter cet ordre successif de ce que le testateur a appelé les enfans conçus après son décès avec ceux non conçus avant, puisque, dans la jurisprudence antérieure au Code, du moins en ce pays, ainsi que l'enseigne Voët, au titre *de heredibus instituendis*, nos 12 et 13, et que l'atteste Stockmans, *décis.* 26, pareille vocation ne contenait point une substitution, mais formait, par rapport à tous ces enfans, une institution directe et unique; qu'il en doit être de même aujourd'hui, par la raison que le Code, en prohibant les fidéicommis, par son art. 896, n'a pas entendu en étendre la définition ni créer un mode de Substitution fidéicommissaire jusques-là inconnu ou non reçu;

» Qu'à la vérité, sous la législation actuelle, les enfans conçus après la mort du testateur, sont incapables de recevoir par testament; mais tout ce que l'on pourrait inférer de ce principe, c'est que l'institution, à leur égard, est nulle; qu'ils ne seront admis au partage des biens que pour autant que ceux qui en ont le droit, ne leur opposent point cette nullité;

» Que, si leur institution n'est point attaquée, ils viendront au partage de la manière que le testateur les a appelés, savoir, comme institués avec les autres enfans;

» Par ces motifs, et aucuns de ceux du premier juge, la cour, M. l'avocat-général Destoop entendu, et de son avis, met l'appellation au néant, avec amende et dépens ».

IV. Voyons maintenant s'il y a Substitution fidéicommissaire dans une disposition à titre gratuit, par cela seul qu'il s'y trouve une clause de retour au profit d'autres personnes que le disposant.

A cet égard, il faut distinguer plusieurs cas.

Ou la clause de retour est apposée au profit d'une ou plusieurs personnes désignées,

Ou elle l'est au profit des héritiers légitimes du donateur ou testateur;

Et dans le premier cas, ou le droit de retour est stipulé dans une donation entre-vifs;

Ou il l'est dans une institution contractuelle,

Ou il l'est dans une disposition testamentaire.

1° Lorsque c'est à une donation entre vifs qu'est apposée une clause de retour au profit d'un ou de plusieurs tiers désignés, nul doute qu'elle ne forme une véritable Substitution fidéicommissaire, qu'elle ne vicie en conséquence la donation qu'elle a pour objet de grever, et qu'un arrêt qui jugerait le contraire par forme d'interprétation, ne dût être cassé; c'est la décision expresse de l'arrêt de la cour suprême du 22 juin 1812, qui était cité par la dame Wertz dans l'espèce rapportée au n° précédent.

Vainement opposerait-on à cette décision le principe établi ci-dessus, §. 3, n° 2, qu'on ne peut pas induire une substitution d'une clause nulle en soi, et que tel est, dans une donation entre-vifs, d'après l'art. 951 du Code civil, le caractère d'une clause de retour stipulée au profit d'une autre personne que le donateur.

Ce principe est vrai à l'égard de la clause dont la nullité ne provient que d'un vice qui lui est propre et la rendrait sans effet, lors même que la substitution que l'on prétend en induire, serait permise. Mais il est inapplicable à la clause dont le seul vice est de constituer une substitution proprement dite. Or, en quoi consiste le vice de la clause de retour apposée au profit d'un tiers dans une donation entre-vifs? Ce n'est pas seulement d'être contraire à l'art. 951 du Code civil, qui n'en permet la stipulation qu'au profit du donateur; c'est encore de constituer essentiellement, par cela même, une Substitution fidéicommissaire; puisque, comme l'a très-bien dit l'arrêt cité, *elle impose au donataire la charge de conserver à un tiers, pour le cas où il décéderait sans enfans, puisqu'elle im*

Digitized by Google

pose, dans le même cas, aux héritiers du donataire, la charge de rendre à un tiers, puisqu'enfin il y a un tiers qui est appelé à recueillir après un donataire qui est grevé de rendre à ce tiers.

Plus vainement objecterait-on que l'art. 951, en défendant la stipulation du droit de retour au profit d'un tiers, ne prononce pas néanmoins la nullité de la donation qui s'en trouve grevée. J'ai répondu à cette objection dans des conclusions du 4 janvier 1808, rapportées dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Substitution fidéicommissaire*, sect. 1, §. 14, n° 2, et elle a été hautement repoussée par l'arrêt de la cour de cassation, du 18 du même mois, qui les a adoptées *consultis classibus*.

2° Les mêmes raisons s'appliquent à la clause de retour qui est insérée, au profit d'un ou plusieurs tiers désignés, dans une institution contractuelle; il n'est donc pas douteux qu'elle ne forme également une Substitution fidéicommissaire, et qu'elle ne vicie, par suite, la disposition à laquelle l'instituant l'a apposée.

C'est effectivement ce qu'a jugé un arrêt de la cour royale de Toulouse, du 10 août 1820.

Dans le fait, le sieur Saint-Arroman, en mariant son fils Charles-Antoine-Symphorien, le 9 janvier 1806, lui avait fait, par le contrat de mariage, donation *du quart de tous ses biens présens et à venir, s'en réservant la jouissance pleine et entière sa vie durant..., ainsi que le droit de retour dudit quart donné tant en sa faveur qu'en celle du sieur Paul Saint-Arroman, son fils, au cas où le futur mari n'ait point d'enfans ou que ceux-ci décèdent sans postérité.*

Le sieur Saint-Arroman étant décédé en 1817, question de savoir si cette donation doit avoir son effet, nonobstant le droit de retour dont elle est éventuellement grevée au profit de l'un des frères du donataire.

Le 31 août 1819, jugement du tribunal de première instance de Saint-Gaudens qui ordonne qu'elle sera exécutée.

Mais sur l'appel, arrêt qui la déclare nulle,

« Attendu que le droit de retour des biens donnés le 7 janvier 1806 à Charles-Antoine-Symphorien Saint-Arroman par son père, n'a pas pu, d'après l'art. 951 du Code civil, être valablement stipulé au profit de Paul Saint-Arroman, son autre fils;

» Attendu que, si la réserve de ce droit, ainsi étendu à un autre que le donateur, constitue une Substitution fidéicommissaire, la nullité qui en est prononcée par le texte précité, entraîne, aux termes de l'art. 896, celle de la donation à laquelle elle fut apposée;

» Que, sans doute, à l'égard du donateur, qu'on ne saurait supposer s'être gratifié et substitué lui-même, ce ne fut ni ne put être un fidéicommis, mais la stipulation légitime d'un véritable droit de retour; qu'il est néanmoins remarquable que cette stipulation était inutile dans l'intérêt du donateur, car sa donation embrassant une partie de ses biens présens et à venir, et ayant été faite par contrat de mariage à l'un des époux, sans mention de l'état de ses dettes, Saint-Arroman père était assuré, dans le cas où il survivrait au donataire et à sa postérité, de recouvrer de plein droit la totalité des objets qu'elle embrassait, par suite de la caducité qu'en prononce, dans ce cas, l'art. 1087, et qui lui aurait conféré plus d'avantages qu'un simple retour : c'est même ce qui annonce que le retour fut moins stipulé dans son intérêt que dans celui de Paul Saint-Arroman : mais que la vocation de ce dernier aux biens donnés, si le donataire ne laissait point d'enfans, ou que ses enfans décédassent sans avoir accompli leur majorité, forme évidemment une substitution, puisqu'elle impose au donataire la charge de conserver et de rendre les biens qui en furent l'objet, à Paul Saint-Arroman, afin que, selon la volonté de son père, celui-ci qui en était gratifié en second ordre, pût les recueillir après eux;

» Qu'à la vérité, cette obligation ne devait se vérifier que dans le cas de défaillance de la postérité du donataire, ou du décès de ses enfans en minorité; mais que, bien que conditionnelle, la charge de conserver et de rendre, et la substitution qui s'en induit, ne furent pas moins réelles; qu'il est encore vrai que, si le donataire et ses enfans eussent prédécédé leur père, la substitution se serait évanouie en même temps que la donation; qu'alors, en effet, et à cause de la caducité prononcée par l'art. 1087, les biens donnés n'auraient pas fait impression sur eux, et ils n'en auraient pas eu la vraie saisine, ce qui pourtant est nécessaire pour qu'il y ait substitution : le grevé ne pouvant rendre qu'autant qu'il a eu, et le substitué ne pouvant recueillir ce dont il est gratifié, qu'après que le grevé, qui en est gratifié en premier ordre, a recueilli lui-même;

» Mais que la réserve ou stipulation dont il s'agit, n'est pas limitée au seul cas de survie du donateur au premier gratifié et à sa postérité, elle embrasse aussi bien le cas du

Digitized by Google

prédécès du donateur, puisqu'elle ne l'exclud point. On y prévoit vaguement que le donataire n'aurait point d'enfans, ou que ceux-ci mourraient en minorité, sans ajouter ou exiger que ces événemens dussent ou précéder ou suivre le décès du disposant : ce dernier voulut qu'à quelque époque qu'ils arrivassent, sa stipulation eût l'effet dont elle serait susceptible selon les circonstances; que tout comme les biens donnés, n'ayant pas fait impression sur la tête des donataires, à cause de la caducité de la donation, la substitution se serait évanouie dans le cas de survie du disposant, de même cette impression s'opérant par le prédécès du père, la substitution devait avoir son effet à l'instar de la donation, qui, dans ce second cas, échappait à la caducité; que la clause du contrat est claire et précise, le disposant ayant voulu et réglé que, si les donataires recueillaient, ce qui devait nécessairement arriver par son prédécès, ils fussent tenus de conserver et de rendre à Paul Arroman, afin que celui-ci, gratifié comme eux, pût à son tour, ce cas arrivant, recueillir, après eux, si le fils n'avait point d'enfans, ou que ceux-ci moussent avant leur majorité;

» Attendu que la nullité de la donation fait revivre, en faveur de tous les enfans, leurs droits à un partage de l'entière succession de leur père par égales portions (1) ».

3°. Les mêmes raisons s'appliquent encore à la clause de retour par laquelle, dans une disposition testamentaire, un tiers désigné est appelé à recueillir après que le légataire aura recueilli lui-même; et dès-là, il est clair que cette clause emporte la nullité du legs.

Ainsi l'a décidé expressément le décret du 21 octobre 1810, qui est rappelé à la fin du §. 1er de l'article *Révocation de testament.*

C'est aussi ce qu'a jugé, au sujet d'une clause semblable, un arrêt de la cour d'appel de Rouen, du 24 août 1812, dont voici l'espèce.

Le 29 août 1809, testament olographe par lequel Nicolas Grégoire, après avoir légué 60,000 francs à son neveu Jean-Antoine Grégoire, et une rente de 3,500 francs à Marie Grégoire, aussi son neveu, ajoute : « dans le » cas où mon neveu Marie Grégoire *viendrait* » *à mourir célibataire, ou sans enfans résul-* » *tant d'un légitime mariage* (2), la rente de » 3,500 francs que je lui ai léguée, *révertira* » au bénéfice de mon neveu Antoine Gré- » goire; par contre, si ce dernier mourait cé- » libataire, ou sans enfans, mon neveu Ma- » rie Grégoire héritera seul de toutes lesdites » donations que je lui ai léguées ».

Après la mort du testateur, l'un des héritiers legitimes demande la nullité des deux legs, et l'arrêt cité la prononce,

« Attendu qu'il résulte de la clause, *dans le cas où mon neveu Marie Grégoire*, etc., que la propriété de chaque legs n'est pas irrévocablement assurée à chacun des deux légataires, puisqu'elle est réversible au survivant, si le prédécédé ne laisse pas d'enfans issus d'un légitime mariage; qu'il en résulte encore qu'il y a deux légataires appelés successivement, l'un pour recevoir directement du testateur, l'autre pour ne posséder qu'après le décès du premier : ce qui impose à celui-ci l'obligation de conserver et de rendre, indique le trait de temps, et constitue par conséquent une Substitution fidéicommissaire prohibée par le premier paragraphe de l'art. 896 du Code civil;

» Attendu que les deux légataires étant appelés à recueillir des legs particuliers et distincts dont ils ont été saisis par la mort du testateur, ils ne peuvent invoquer avec fondement l'exception portée par l'art. 898 du même Code, uniquement relative au cas où un second est appelé à recueillir le don ou legs dont le donataire ou le légataire premier désigné ne profite pas (1);

Mais remarquons bien que, dans une disposition testamentaire, la clause de retour n'équivaut à une Substitution fidéicommissaire, et n'emporte, par suite, la nullité de la disposition elle-même, qu'autant qu'il n'est pas possible de l'interpreter raisonnablement de manière à n'en faire résulter qu'une substitution vulgaire. C'est la conséquence du principe rappelé ci-dessus, à la fin du n° 1er de ce paragraphe, que, lorsqu'une clause est sus-

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 20, 2e partie, page 320.

(2) Ces termes, comme le prouve très-bien M. Rolland de Villargues, dans son *Traité des substitutions prohibées*, n° 127, supposaient nécessairement que le testateur n'entendait pas faire une *substitution compendieuse*, c'est-à-dire, disposer pour le cas où le légataire viendrait à mourir avant lui, comme pour le cas où il mourrait lui même avant le légataire, mais qu'il ne s'occupait que du cas où le légataire décéderait, soit en célibat, soit sans enfans légitimes, après avoir recueilli le legs, et que par conséquent il entendait faire une substitution véritablement fidéicommissaire.

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 14, partie 2, page 1.

Digitized by Google

ceptible de deux sens, il faut s'attacher à celui d'après lequel l'acte dont elle fait partie, doit avoir son effet, plutôt qu'à celui d'après lequel il se trouverait nul.

Mais peut-on ne voir qu'une substitution vulgaire dans une clause ainsi conçue : *je lègue tels biens à tel, réversibles sur sa femme et ses enfans ?*

Voici une espèce dans laquelle cette question s'est présentée.

Le 7 février 1824, testament olographe par lequel la demoiselle Billouard, après avoir légué à son frère le tiers de ses biens, ajoute : « je lègue le second tiers à Aug. Taveau, mon » neveu, *réversible sur sa femme*, Aimée Thi- » bault, ma nièce, *et ses enfans*. Je lègue le » troisième tiers à P. Perreau, mon neveu, de » même *réversible sur la tête de sa femme*, » Brigite Thibault, ma nièce, *et sur ses en- » fans* les plus malheureux, prévoyant que » les deux qui sont dans le commerce à Paris, » peuvent s'en passer ».

Après la mort de la testatrice, ceux de ses héritiers présomptifs au préjudice desquels elle a ainsi disposé, attaquent le second et le troisième legs, comme renfermant chacun une substitution prohibée par l'art. 896 du Code civil.

Le 3 février 1827, jugement du tribunal de première instance du département de la Seine qui, en effet, déclare les deux legs nuls,

« Attendu que toute disposition par laquelle le donataire ou légataire est chargé de conserver et de rendre à un tiers, est nulle même à l'égard du donataire ou légataire ;

» Que le législateur n'a pas voulu seulement annuler la disposition dans laquelle se trouverait exprimée la condition de conserver et de rendre ; qu'une telle interprétation rendrait la loi presque toujours sans effet ; qu'il suffit donc qu'il résulte clairement de la disposition que l'objet donné doit reposer successivement sur plusieurs têtes, pour reconnaître tous les caractères de la Substitution fidéicommissaire ;

» Que, dans quelque acception que le mot *réversible* soit employé par la testatrice, soit pour exprimer le retour des biens à celui qui a donné ou à ses représentans, soit pour exprimer la transmission d'un légataire à un autre, il emporte toujours avec lui l'idée que l'objet donné doit reposer sur la tête de chacun des individus dénommés ; qu'ainsi, dans l'espèce, la testatrice a d'abord voulu 1° que P. Perreau jouisse du tiers de ses propriétés ; 2° que sa femme en jouisse après lui ; 3° et enfin que le tiers donné passe à ses enfans les plus malheureux ;

» Qu'en admettant que les individus dénommés décèdent dans l'ordre établi par la testatrice, la femme ne peut avoir la jouissance du tiers qu'autant que le mari l'aura conservé pour le lui rendre, et que de même les enfans les plus malheureux ne pourront avoir la jouissance qu'autant que leur mère conservera le tiers des propriétés léguées ; que, dès-lors, la disposition a tous les caractères de la Substitution fidéicommissaire ; et qu'ainsi, elle est nulle aux termes de l'art. 896 du Code civil ».

Mais sur l'appel des légataires, arrêt de la cour royale de Paris, du 4 décembre de la même année, qui réforme ce jugement, et déclare les deux legs valables,

« Attendu que le mot *réversible* employé par la testatrice dans la disposition faite au profit de Perreau, paraît avoir pour objet d'exprimer l'intention que le legs à lui fait, passât à la veuve dudit Perreau, si ce dernier était décédé avant la testatrice, et encore que le legs passât aux enfans les plus malheureux de Perreau et sa femme, si ces derniers venaient à décéder avant l'époque de l'ouverture de la succession de ladite testatrice ;

» Que cette disposition ne contenait pas l'obligation de conserver et de rendre ; que, dès-lors, elle n'entraîne pas nécessairement l'idée d'une Substitution fidéicommissaire prohibée par le Code civil, et qu'elle peut être, en conséquence, considérée comme une substitution vulgaire que la loi autorise ;

» Attendu d'ailleurs que, si les expressions dont la testatrice s'est servie, pouvaient faire naître des doutes sur la validité relativement au legs dont il s'agit, ces doutes devraient être interprétés dans le sens de la validité de la disposition, d'après ce principe, que nul ne peut être présumé avoir voulu faire un acte prohibé par la loi, et encore suivant la règle qui veut que les dispositions testamentaires soient entendues dans le sens selon lequel elles peuvent produire effet, plutôt que suivant celui où elles resteraient sans valeur ».

Recours en cassation de la part des héritiers, pour violation de l'art. 896 du Code civil.

« Le mot *réversible* (disent-ils) s'emploie, suivant tous les dictionnaires de droit, pour désigner des biens qui doivent, en certaines circonstances, retourner au propriétaire qui en a disposé.

» Le cas où l'objet donné à un premier légataire, est réversible à un second, rentre absolument dans le cas où cet objet doit revenir au donateur ; car le second légataire ne pouvant tenir l'objet légué que de la volonté

Digitized by Google

du testateur, le legs lui arriverait si la condition de réversion était valable par l'effet d'une fiction selon laquelle on le substituerait à l'hoirie du testateur. C'est là précisément ce que la loi a voulu empêcher. Nul retour ne peut se réaliser au profit du donateur que de son vivant (art. 951 du Code civil); donc jamais il ne peut y avoir lieu, en vertu d'un testament, à un retour au profit de la succession du testateur; donc toute substitution qui n'est que la transmission à un tiers, de l'objet de retour, doit être interdite;

» Jamais le mot *réversible* ne peut manifester l'intention d'opérer une simple substitution vulgaire, c'est-à-dire, l'intention que le legs passe à un légataire en seconde ligne, si le premier légataire décède avant le testateur; dans cette hypothèse, en effet, il ne peut évidemment y avoir de retour, de mutation, de réversion enfin, puisque la succession du testateur n'est pas encore ouverte.

» Dira-t-on, pour mettre l'arrêt attaqué à l'abri de la cassation, que les cours royales sont souveraines lorsqu'il s'agit de l'interprétation des actes? Mais le droit d'interprétation ne va pas jusqu'à détourner les mots de leur acception naturelle. Il ne s'agit, en interprétant, que de rechercher la volonté; mais toute recherche cesse devant une volonté exprimée dans les termes du droit ».

Ces moyens de cassation étaient fort spécieux, mais non pas sans réplique.

Sans doute (pouvait-on dire), le mot *réversible* ne peut, dans son sens littéral, convenir qu'aux biens qui, sortis des mains du propriétaire, y rentrent par l'effet de la résolution du titre en vertu duquel il en a été dépouillé. Mais dans un sens plus large, il s'applique aussi aux biens qui adviennent à quelqu'un par un droit tout nouveau pour lui, et sur lesquels il n'a eu précédemment rien à réclamer.

C'est ainsi que, dans la loi 69, D. *de legatis* 2°, il est dit qu'une succession *ab intestat* RETOURNE, de droit, à l'héritier légitime du défunt : *peto pro hereditate quam tibi reliqui quæque ad fratrem meum jure legitimo* REDIBIT, *contentus sis centum aureis.*

C'est ainsi que le poète Térence fait dire à l'un des personnages de son *Andria*, acte 2, scène 6 :

Ejus morte ea ad me lege redierunt bona;

Et à l'un de ceux de son *Hecyra*, acte 1er, scène 2 :

Interea in imbro moritur cognatus senex;
Horum ad hos REDIBAT *lege hereditas;*

Ce qui fait dire à Kahl (Calvinus), dans son *lexicon juris*, au mot *redire*, que REDIRE *hereditas dicitur, quæ lege et ab intestato obvenit.*

La demoiselle Billouard auroit donc parlé un langage très-intelligible, si, au lieu de dire, comme elle l'a fait : *je lègue le second tiers de mes biens à Aug. Taveau, mon neveu*, elle eût dit : *je veux que le second tiers de mes biens retourne, après ma mort, à Aug. Taveau, mon neveu.*

Mais, dès-là, que signifient les termes qu'elle a ajoutés, *réversibles sur sa femme et ses enfans?* Rien autre chose que ceux-ci : *je veux que, le cas échéant, le second tiers de mes biens retourne à la femme et aux enfans d'Aug. Taveau.* Et qu'aurait-elle fait en s'exprimant ainsi? Peut-être aurait-elle voulu dire que, si Aug. Taveau venait à mourir après avoir recueilli le second tiers de ses biens, il serait tenu de le conserver et de le rendre à sa femme et à ses enfans; mais peut-être aussi aurait-elle voulu dire simplement que, si Aug. Taveau venait à mourir avant elle, sa femme et ses enfans prendraient sa place et recueilleraient le second tiers de ses biens. Or, dans le doute, quelle est celle de ces deux interprétations qui doit prévaloir? C'est sans contredit celle qui aboutit à une substitution purement vulgaire, puisque, si la disposition de la testatrice était interprétée comme contenant une Substitution fidéicommissaire, elle serait nulle.

Aussi le recours en cassation des héritiers *ab intestat* de la demoiselle Billouard a-t-il été rejeté par la chambre des requêtes, le 24 mars 1829,

« Attendu, en droit, que, s'il appartient aux cours royales de chercher dans les actes l'intention des parties, de la reconnaître et de la déclarer par voie d'interprétation, ce droit ne peut s'étendre jusqu'à changer la nature et l'essence des contrats; il en est de même lorsqu'une fausse interprétation tend à maintenir ce que la loi annulle ou prohibe; d'où il suit que s'agissant, dans l'espèce, d'une question de substitution, la clause du testament doit être examinée et appréciée par la cour de cassation;

» Attendu que l'obligation de conserver et de rendre n'étant pas littéralement exprimée, la disposition ne peut être annulée que dans le cas où, contenant évidemment une substitution, il ne serait pas possible de lui donner un autre sens; le doute doit toujours être interprété en faveur de la disposition;

Digitized by Google

» Attendu, en fait, que la testatrice a légué le tiers de ses biens à son neveu, réversible sur la tête de sa femme et sur ses enfans, et que ce legs est susceptible de deux interprétations; qu'il peut être considéré comme contenant l'obligation de conserver et de rendre; mais qu'il peut aussi s'entendre du cas de décès du légataire avant la testatrice; et que la cour royale de Paris a pu, dès-lors, le juger ainsi sans violer aucune loi (1) ».

4° Reste à savoir s'il y a Substitution fidéicommissaire dans le cas où ce n'est pas au profit d'un tiers désigné, mais au profit des héritiers légitimes du donateur ou testateur, qu'une clause de retour est apposée, soit à une donation entre-vifs, soit à une disposition à cause de mort.

A la première vue, la négative paraît ne devoir souffrir aucune espèce de doute.

« En effet (dit M. Rolland de Villargues, dans son *Traité des substitutions prohibées*, n° 82), la substitution suppose essentiellement le concours de *deux donataires*, de *deux gratifiés*, dont l'un soit donataire jusqu'à un certain temps, *ad certum tempus*, et sous une condition résoluble, et dont l'autre soit donataire pour recueillir ensuite, c'est-à-dire, après un certain temps, *ex certo tempore*, et néanmoins sous une condition *suspensive*, qui laisse reposer la propriété de la chose sur la tête du premier donataire, en attendant qu'elle aille se fixer sur celle du second. Tels sont les principes que nous avons développés, chap. 4.

» Or, comment trouver ici ces deux gratifiés, ces deux donataires successifs? Nous voyons bien un légataire, à l'égard duquel la disposition a son effet à compter du décès du testateur, condition qui doit être *résolue* dans un cas prévu, celui de la mort de ce légataire sans postérité. Mais lorsque ce cas arrivera, la propriété ira-t-elle s'asseoir sur la tête d'un autre donataire ou légataire appelé en second ordre? Non, elle reviendra aux héritiers *ab intestat*.

» Dira-t-on que ces héritiers doivent être considérés comme donataires ou légataires? Mais on ne pourrait leur attribuer cette qualité qu'autant qu'ils auraient été nommément et personnellement appelés; et, dans l'espèce, il est évident que l'exercice du retour n'est attaché qu'*à la qualité d'héritier* AB INTESTAT; il n'y a pas d'institution, il n'y a pas de legs (loi dernière, C. *de legatis*).

» Et qu'importe encore que la chose donnée ou léguée étant sujette à retour, le donataire ou légataire ne puisse l'aliéner, au moins d'une manière irrévocable? N'est-ce pas l'effet de toute condition résolutoire, et particulièrement de la stipulation de retour? Et quand il résulterait de là l'obligation *de conserver et de rendre*, ainsi que l'ont prétendu M. Grenier, tome 1er, page 120, 2e édition, et M. Toullier, tome 5, n° 48, encore faudrait-il que ce fût au profit d'un second gratifié; et nous venons de voir que les héritiers légitimes ne peuvent être considérés comme donataires ou légataires ».

Mais, tout en raisonnant ainsi, dans la rigueur des principes, M. Rolland de Villargues convient avec MM. Grenier et Toullier, que la clause de retour au profit des héritiers légitimes du disposant, offre les mêmes résultats qu'une véritable Substitution fidéicommissaire, et qu'elle doit être considérée comme telle, parcequ'autrement, *elle pourrait devenir un moyen d'éluder* la *prohibition de la loi*.

En effet, dit M. Toullier, « si le droit de retour en cas de décès du donataire et de ses descendans, était stipulé, non seulement au profit du donateur, mais encore, et à son défaut, au profit de ses héritiers, une pareille disposition contiendrait évidemment une véritable substitution conditionnelle déguisée sous le nom de *retour*. Le mot seul est changé. Je donne ou lègue à Paul, à condition que, s'il vient à décéder sans enfans ou avant tel âge, les biens donnés retourneront à mes héritiers..... On trouve ici cet ordre successif qui caractérise essentiellement les substitutions. Paul est appelé en premier ordre, et les héritiers du donateur... en second. Paul est obligé de conserver les biens donnés pour les rendre à sa mort, si la condition arrive; la propriété passe d'abord à Paul, puis aux seconds appelés ».

Il y a cependant, comme l'observe M. Rolland de Villargues lui-même, n° 253, deux arrêts de la cour de cassation, des 11 frimaire an 14 et 17 janvier 1809, qui, d'après des contrats de mariage des années 1672 et 1694, par lesquels des pères, en mariant et dotant leurs filles, avaient stipulé qu'en cas qu'elles mourussent sans enfans, ou que leurs enfans décédassent sans postérité, les dots qu'ils leur constituaient en argent, retourneraient, non seulement à eux-mêmes, s'ils leur survivaient à tous, mais encore à leurs enfans

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1829, page 196.

Digitized by Google

mâles ou à leurs héritiers, ont jugé (en confirmant deux arrêts de la cour d'appel de Pau, des 19 thermidor an 12 et 18 février 1808) que les derniers descendans de ces filles étant morts sans postérité en 1793, les dots qu'elles avaient reçues devaient être restituées par leurs héritiers à ceux de leurs frères, nonobstant l'abolition dont la loi du 14 novembre 1792 avait frappé toutes les Substitutions fidéicommissaires.

Mais d'abord, ces arrêts, dont j'ai rapporté les espèces, en simple historien, dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Dot*, §. 17, n° 4, et *Substitution fidéicommissaire*, sect. 8, n° 10, ont-ils bien jugé? Ensuite, si la décision en était conforme aux lois (aujourd'hui abrogées) sur lesquelles elle devait être calquée, serait-elle applicable aux dispositions qui doivent être réglées par le Code civil?

Sur la première question, remarquons deux choses :

L'une, que les deux contrats de mariage avaient été passés dans la coutume de Navarre, où la dot constituée à une fille par le père qui la mariait, formait sa seule légitime, et que, suivant l'art. 5 du titre *des successions* de cette coutume, les légitimes des cadets, mâles ou femelles, retournaient de plein droit et sans stipulation, aux aînés mâles ou à leurs descendans, lorsque les cadets, mâles ou femelles, décédaient sans postérité;

L'autre, que, par l'art. 53 de la loi du 22 ventôse an 2, interprétative de celle du 17 nivôse précédent, il a été décidé que cette disposition ne présentait qu'*une* SUBSTITUTION STATUTAIRE *qui ne* pouvait *exister d'après l'abolition de toutes substitutions par la loi du 14 novembre* 1792; *et qu'ainsi, la pleine propriété ne pouvait être contestée à des légitimaires déjà trop mal partagés.*

Que serait-il arrivé d'après cela, en 1793, si, dans les contrats de mariage de 1672 et 1694, les pères qui avaient doté leurs filles, s'en étaient tenus à la disposition de la coutume et au droit de retour qui en résultait? Bien certainement ce droit aurait été considéré comme formant une Substitution fidéicommissaire abolie par la loi du 14 novembre 1792, et les derniers descendans des filles, devenus propriétaires libres des dots constituées à celles-ci, les auraient transmises à leurs propres héritiers.

Mais qu'avaient fait les contrats de mariage de 1672 et 1694, en stipulant le retour de ces dots aux descendans des frères des filles à qui ils les constituaient? Avaient-ils dérogé à la disposition de l'art. 5 du titre *des successions* de la coutume de Navarre? Non, et bien loin de là, ils l'avaient copiée, ils l'avaient adoptée. En la copiant, en l'adoptant, avaient-ils dénaturé le retour qu'elle établissait de plein droit, en avaient-ils changé les effets? Non encore; ils l'avaient rendu conventionnel, de simplement légal qu'il était, mais ils lui avaient conservé son caractère de droit de retour; ils lui avaient par conséquent conservé l'effet de former une Substitution fidéicommissaire; seulement ils avaient converti en substitution contractuelle, la *substitution statutaire* qu'il constituait; et comme la loi du 14 novembre 1792 n'abolissait pas moins les substitutions contractuelles que les substitutions statutaires, il était bien impossible que cette loi eût épargné la substitution résultant de ces contrats de mariage, alors qu'il était reconnu qu'elle avait aboli la substitution résultant de la coutume.

Comment donc les arrêts de la cour de cassation, des 11 frimaire an 14 et 17 janvier 1809, ont-ils pu confirmer ceux de la cour d'appel de Pau qui avaient jugé que les derniers descendans des filles dotées étant morts sans postérité en 1793, les dots qu'elles avaient reçues, devaient être restituées par leurs héritiers à ceux de leurs frères, nonobstant l'abolition dont la loi du 14 novembre 1792 avait frappé les Substitutions fidéicommissaires?

Ils se sont fondés sur ce « que les lois du » 17 nivôse an 2, art. 74, et du 23 ventôse » suivant, art. 5, ont conservé les effets des » stipulations de retour et ceux du retour lé» gal dans les pays et pour les cas où ce droit » avait lieu à l'égard des donations antérieures » au 5 brumaire an 2; que, d'après ces lois et » d'après les différences qui existent entre les » droits de réversibilité conventionnels et lé» gaux et les substitutions, on ne peut ap» pliquer aux droits de retour l'abolition pro» noncée par la loi du 14 novembre 1792 »;

Et l'on voit que c'est comme si, en reproduisant la substance des conclusions de M. l'avocat-général Daniels, qui avait porté la parole dans l'affaire jugée par le premier de ces arrêts, ils eussent dit en termes exprès :

« Oui, il résulte à la fois, et du retour légal établi par l'art. 5 du titre *des successions* de la coutume de Navarre, et du retour conventionnel stipulé par les contrats de mariage de 1672 et 1694, une substitution qui a assujéti les filles dotées à conserver et rendre leurs dots à leurs enfans, et ceux-ci à les conserver et rendre à leurs descendans; oui, cette substitution a été abolie par la loi du 14 novem-

Digitized by Google

bre 1792. Mais de ce que le droit de retour a produit une substitution en faveur des enfans et descendans des filles dotées, il ne s'ensuit nullement qu'il ait formé lui-même une substitution en faveur des frères et des descendans des frères de ces filles, ni par conséquent que la loi du 14 novembre 1792 l'ait aboli.

» D'une part, en effet, il est certain que ce droit, en tant qu'il était conventionnel, a survécu à la loi du 14 novembre 1792; et ce qui le prouve invinciblement, c'est que l'art. 74 de la loi du 17 nivôse an 2 porte en toutes lettres que *les biens donnés par les ascendans à leurs descendans avec stipulation de retour, ne font point partie de la succession du descendant, tant qu'il y a lieu au droit de retour*. Qu'on ne dise pas que cet article n'a en vue que le droit de retour stipulé au profit du donateur personnellement, et qu'on ne peut pas l'entendre du droit de retour stipulé au profit des héritiers du donateur en même temps qu'au profit du donateur lui-même. Cet article est général, il ne fait aucune distinction; il doit donc être entendu de la stipulation telle qu'elle avait lieu dans l'ancienne jurisprudence. Or, dans l'ancienne jurisprudence, non seulement le retour conventionnel pouvait être stipulé au profit des héritiers du donateur, pour le cas où celui ci décéderait avant le donataire, mais même il était toujours censé l'être en ce sens, et les héritiers du donateur étaient toujours censés compris dans la stipulation qu'il en faisait pour son propre compte (1). Donc l'abolition prononcée par la loi du 14 novembre 1792, de la substitution qui, à l'égard des filles dotées par les contrats de mariage de 1672 et 1694, et de leurs enfans entre eux, était résultée de la stipulation de retour insérée dans ces contrats, n'a pas plus atteint cette stipulation au préjudice des héritiers de la ligne masculine des pères donateurs des dots, qu'elle ne l'aurait atteinte au préjudice des pères eux-mêmes, s'ils avaient survécu aux derniers descendans de leurs filles. Donc cette stipulation doit produire en faveur des uns, le même effet qu'elle produirait en faveur des autres, s'ils vivaient encore.

» D'un autre côté, il est également certain que le droit de retour légal qui, pour les dots constituées par les contrats de mariage de 1672 et 1694, avait été établi par la coutume de Navarre en faveur des frères et des descendans des frères des filles dotées, n'a pas été aboli par la loi du 14 novembre 1792, et qu'il ne l'a été implicitement que par les dispositions de la loi du 5 brumaire an 2 reproduites dans celle du 17 nivôse de la même année, et par conséquent après la mort (arrivée en 1793) des derniers descendans de ces filles; la preuve en est écrite littéralement dans ces termes de l'art. 5 de la loi du 23 ventôse an 2 : *il n'est rien innové par l'art. 74 du décret du 17 nivôse, à l'égard des donations antérieures au 5 brumaire, aux effets du retour légal, dans les pays et pour les cas où ce droit avait lieu.*

» Donc, sous quelque rapport que l'on envisage le droit de retour réclamé par les descendans des frères des filles dotées, et soit qu'on le considère comme purement légal, soit qu'on le réduise à la qualité de conventionnel, on se trouve toujours dans la nécessité de reconnaître qu'il a survécu à la loi du 14 novembre 1792 ».

Voilà comment a raisonné la cour de cassation dans ses arrêts des 11 frimaire an 14 et 17 janvier 1809. Mais il est bien difficile, pour ne rien dire de plus, d'accorder ces raisonnemens avec l'art. 53 du décret interprétatif du 22 ventôse an 2, qui, de ce que la substitution résultant du droit de retour des légitimes, et par suite des dots qui en tiennent lieu, est abolie par la loi du 14 novembre 1792, tire la conséquence que les légitimaires doivent jouir *en pleine propriété* des objets composant leurs légitimes ou dots. Quel moyen y a-t-il, en effet, de concilier la décision consignée dans cette partie du décret cité, soit avec l'art 74 de la loi du 17 nivôse an 2, soit avec l'art. 5 de celle du 23 ventôse suivant? Il n'y en a et il ne peut y en avoir qu'un seul : c'est de dire que l'un et l'autre article n'ont en vue que le droit de retour, soit conventionnel, soit légal, qui est purement personnel au donateur, comme il l'était dans les principes du droit romain, avant que la jurisprudence les eût altérés, et comme il l'est encore dans ceux du Code civil; que l'un ne maintient le retour conventionnel indéfiniment, et que l'autre ne maintient le retour légal pour les donations antérieures au 5 brumaire an 2, qu'au profit du donateur lui-même survivant au donataire ou à ses enfans; et qu'à l'égard du droit de retour stipulé ou établi légalement au profit des héritiers du donateur, l'un et l'autre article se réfèrent à la loi du 14 novembre 1792 qui abolit les substitutions.

Aussi M. l'avocat-général Daniels n'a-t-il

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Réversion*, sect. 1, §. 2, art. 1.

Digitized by Google

pu échapper à la nécessité de concilier ainsi avec l'un et l'autre article, la décision écrite dans l'art. 53 du décret du 22 ventôse an 2, qu'en disant qu'à la vérité, les derniers descendans des filles dotées en 1672 et 1694, étaient devenus, par l'effet de la loi du 14 novembre 1792, pleinement propriétaires des dots constituées à leurs aïeules, mais qu'ils n'en avaient pas disposé, et que par conséquent le droit de retour dont ces dots avaient été grevées au profit des frères et des descendans des frères de leurs aïeules, avait conservé toute sa force.

Mais comment M. Daniels n'a-t-il pas fait attention que les derniers descendans des filles dotées n'auraient pas acquis, par l'effet de la loi du 14 novembre 1792, la *pleine propriété* des dots de leurs aïeules, s'ils n'avaient pu les transmettre à leurs héritiers naturels, qu'au moyen de la disposition qu'ils en auraient faite spécialement à leur profit? Comment n'a-t il pas senti que, si l'on peut être propriétaire sans avoir le droit de disposer, il est du moins impossible qu'on cesse jamais d'être propriétaire, par cela seul que l'on n'a pas disposé en effet, et que tout ce qui résulte du défaut de disposition de la part d'un propriétaire libre, c'est que sa propriété passe de plein droit aux parens que la loi y appelle après lui?

Ce qui a égaré M. Daniels sur ce point, ce qui lui a fait penser que l'abolition de la substitution résultant d'un droit de retour, n'emportait pas l'abolition de ce droit même, c'est que, dans l'ancienne jurisprudence, les parlemens de Paris et de Dijon *tenaient pour principe, à l'égard des pays de droit écrit de leurs ressorts, que l'effet du droit de retour cessait, lorsque le donataire avait disposé, soit entre-vifs, soit à cause de mort, des biens qu'il possédait à charge de réversion.*

Il est vrai, et j'en ai rapporté les preuves dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Réversion*, sect. 1, §. 2, art. 2, que ces deux parlemens le jugeaient ainsi, mais pour quelle espèce de droit de retour? Pour le droit de retour conventionnel? Nullement : ils savaient trop bien et ils jugeaient trop constamment que ce droit emportait essentiellement l'interdiction de disposer; ils ne le jugeaient que pour le retour légal qui avait lieu au profit de l'ascendant donateur et qui, par cela seul qu'il était absolument personnel à celui-ci, ne pouvait jamais former une substitution au profit de ses héritiers.

Eh! Comment aurait-on pu, dans l'ancienne jurisprudence, refuser le caractère de substitution au droit de retour, soit conventionnel, soit légal, stipulé ou établi, non seulement au profit du donateur, mais encore en faveur de ses héritiers? Ce caractère lui était expressément reconnu, et ce qui est singulièrement à remarquer, il l'était spécialement pour le ressort du parlement de Pau, par la déclaration du roi, du 7 février 1772, rapportée dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Lettres de ratification*, n° 2 : il y est dit en toutes lettres, dans le préambule, que, *suivant les coutumes de Béarn, les dots des femmes, hypothéquées sur les biens de leurs maris, sont affectées aux descendans du mariage et à ceux qui les ont constituées*, PAR UNE ESPÈCE DE SUBSTITUTION LÉGALE; et le dispositif étend aux *représentans* des *constituteurs des dots*, ce qui est énoncé dans le préambule par rapport à ceux-ci. Le moyen, dès-lors, de nier que le droit de retour conventionnel ou légal, stipulé ou établi en faveur des représentans des *constituteurs des dots*, pour le cas d'extinction de la descendance des filles dotées, a été aboli par la loi du 14 novembre 1792? Il faudrait pour cela aller jusqu'à dire que les substitutions légales n'ont pas été abolies par la loi du 14 novembre 1792; et, encore une fois, l'art. 53 de la loi du 22 ventôse an 2 déclare positivement qu'elles l'ont été.

Rien ne peut donc justifier les arrêts de la cour de cassation, des 11 frimaire an 14 et 17 janvier 1809; et cependant je dois convenir que la question s'étant représentée en 1826, a encore été jugée de même. Voici l'espèce.

Le 27 avril 1653, contrat de mariage entre le sieur Salinis de Douazon et la demoiselle Claverie, tous deux domiciliés dans le ressort du parlement de Pau. Le père de la future épouse lui constitue en dot une somme de 21,000 francs, avec stipulation de retour, en cas de dissolution du mariage sans enfans.

Le 23 mars 1679, acte notarié par lequel les deux époux reconnaissent avoir reçu la dot, et s'obligent de la restituer dans le cas prévu par le contrat de mariage.

En 1808, décès de la veuve de Mosqueros, dernière descendante de ce mariage, après avoir institué le sieur Duhart pour son héritier.

Le sieur de Nogués, descendant du sieur Claverie père, réclame la dot, en vertu du droit de retour stipulé par le contrat de mariage de 1653.

Le sieur Duhart répond que ce droit formait une substitution, et que par conséquent

Digitized by Google

il a été aboli par la loi du 14 novembre 1792.

Le 22 novembre 1815, jugement du tribunal d'Orthez qui, adoptant ce moyen de défense, rejette la demande du sieur Noguès.

Mais sur l'appel, arrêt de la cour royale de Pau, du 2 juillet 1822, qui réforme ce jugement,

« Attendu, en fait, que, par contrat de mariage, du 27 avril 1653, entre la demoiselle Claverie et Salinis de Douazon, il fut constitué en dot à cette demoiselle, 21,000 francs, avec stipulation de retour en cas de dissolution de mariage sans enfans; qu'une semblable clause s'étendait, d'après la jurisprudence du ci-devant Béarn, aux enfans des enfans jusqu'au dernier de la ligne, ainsi que cela est attesté par les certificats de la matricule des 25 février 1741 et 20 juin 1761; que, cette dot ayant été payée le 23 mars 1679, le retour en fut de plus fort stipulé par acte de ce jour;

» Attendu, en droit, que les effets de cette stipulation ont été conservés par nos lois nouvelles et par une jurisprudence constante, et que, demeurant la différence qui existe entre le droit de retour et les substitutions proprement dites, on ne saurait appliquer aux premières les lois abolitives des secondes; que, dès-lors, c'est le cas de réformer le jugement dont il s'agit, sur ce point, et d'ordonner que cette somme reviendra au sieur de Noguès ».

Recours en cassation contre cet arrêt de la part du sieur Duhart; mais vaine tentative.

Par arrêt contradictoire, du 20 décembre 1825, au rapport de M. Poriquet, sur les conclusions de M. l'avocat-général de Marchangy, et après un délibéré en la chambre du conseil,

« Attendu que le législateur a statué séparément sur le droit de retour et sur les substitutions; que, par les lois des 25 octobre et 14 novembre 1792, il a déclaré les substitutions abolies, tandis que, par l'art. 74 de la loi du 17 nivôse de l'an 2 et l'art. 4 de celle du 25 ventôse suivant, il a expressément maintenu le retour conventionnel et légal dans les pays et dans les cas où il avait lieu;

» Que, dès-lors, tout examen du rapport qu'il pouvait y avoir entre les effets des substitutions et l'exercice du droit de retour, est sans objet....;

» La cour rejette le pourvoi (1) ».

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 26, page 74.

Ce que j'ai dit sur les arrêts des 11 frimaire an 14 et 17 janvier 1809, répond suffisamment aux motifs de celui-ci. Aussi les a-t-on vainement invoqués tous trois dans une contestation qui a été portée depuis peu à la cour royale de Riom, et qui avait également pour objet un droit de retour conventionnel stipulé sous l'ancienne jurisprudence.

Dans le fait, en 1787, acte notarié par lequel le sieur Bernard, en mariant sa fille au sieur Perrot, lui constitue en dot un domaine et une maison, *lesquels sont donnés sous la charge et condition qu'au cas que ladite future épouse décède sans enfans, ils feront retour audit sieur Bernard et à son héritier universel, en cas de disposition, et au défaut, aux co-héritiers de la future.*

En 1823, décès de la dame Perrot, sans enfans.

Les héritiers du sieur Bernard réclament, en vertu du droit de retour stipulé à leur profit par le contrat de mariage de 1787, la propriété des biens donnés en dot à la défunte.

Le sieur Royet, héritier de celle-ci, répond que la stipulation de ce droit, en tant qu'elle appelait éventuellement les héritiers du donateur à la propriété des biens donnés, formait originairement une Substitution fidéicommissaire, et qu'elle a été, comme telle, abolie par la loi du 14 novembre 1792.

Jugement qui, accueillant cette défense, rejette la demande des héritiers du sieur Bernard.

Et sur l'appel, arrêt du 9 avril 1829, sous la présidence du savant auteur du *Traité des donations* (M. Grenier), par lequel,

« Attendu le principe constant qu'on doit juger de la nature et de la valeur des actes, non par la dénomination qu'il a plu aux parties de leur donner, mais par leur substance et par leurs effets.... ;

» Attendu que, dans la pureté des principes du droit, tout retour conventionnel proprement dit était limité à la personne du donateur, comme étant un droit qui lui était absolument personnel; que la stipulation de ce retour en faveur des héritiers de ce donateur, devenait alors une véritable Substitution fidéicommissaire;

» Attendu que la loi des 25 octobre et 14 novembre 1792 a aboli, pour l'avenir, les Substitutions fidéicommissaires, et a voulu que la propriété des biens substitués demeurât, franchement et librement, sur la tête de ceux qui

Digitized by Google

en étaient grevés, et qui étaient chargés de les conserver et de les rendre;

» Attendu que, si l'on doit nécessairement voir dans la clause dont il s'agit dans la contestation, une Substitution fidéicommissaire, quels que soient les termes dans lesquels elle a été conçue, il devient indispensable de lui appliquer la disposition portée dans la loi ci-dessus citée, qui frappe sur tout ce qui était Substitution fidéicommissaire; que, si le retour conventionnel a été quelquefois excepté de l'abolition portée par cette loi, ce n'a été que dans le sens et pour le cas d'un retour stipulé au profit du donateur seul; de tout quoi, il résulte que, dès l'instant de la promulgation de cette loi, Marie-Anne Bernard est devenue propriétaire incommutable des immeubles dont il s'agit, qui font l'objet de la contestation, et que par conséquent elle a pu en disposer à son gré....;

» La cour dit qu'il a été bien jugé.... (1) ».

Mais, au surplus, et ceci va répondre à la seconde des questions que nous avons élevées sur les arrêts de la cour de cassation des 11 frimaire an 14 et 17 janvier 1809, quand ces arrêts et celui du 20 décembre 1825 auraient bien jugé, quand on devrait s'en tenir à leur décision par rapport aux stipulations de retour insérées dans des donations entre-vifs antérieures au Code civil, il est du moins bien évident que l'on ne pourrait plus l'appliquer à une stipulation de retour qui, dans une donation entre-vifs, ne devrait être appréciée que d'après la législation actuelle.

En effet, aux termes de l'art. 951 du Code civil, le droit de retour ne peut plus être stipulé qu'au profit du donateur. Or, il suit nécessairement de là, comme l'a jugé et démontré l'arrêt de la cour de cassation, du 22 juin 1812, rapporté ci-dessus (1°), que la clause de retour insérée dans une donation entre-vifs au profit d'un tiers désigné, emporte Substitution fidéicommissaire. Il faut donc nécessairement aussi, d'après les raisons sans réplique qu'en donne M. Toullier, en tirer la même conséquence pour la clause de retour qui serait aujourd'hui insérée dans une donation entre-vifs au profit des héritiers du donateur; et voici une espèce dans laquelle a été cassé un arrêt qui avait jugé le contraire.

En 1793, deux ans avant la réunion de la Belgique à la France, contrat de mariage entre le sieur Rohaert, premier conseiller pensionnaire de la ville de Gand, et la dame Teekelaert, veuve du sieur Reyniers, de qui il lui restait une fille.

L'art. 5 de ce contrat prévoit le cas où il ne naîtrait point d'enfant de cette union, et où la future épouse survivrait, ainsi que sa fille au futur époux: il y est stipulé que, ce cas arrivant, tous les biens du futur époux qui sont situés sous la domination hollandaise, appartiendront à la future épouse.

L'art. 6 étend cette stipulation à un immeuble que le futur époux possède dans la commune d'Altert.

Et il ajoute: « le tout néanmoins aux conditions suivantes, savoir, que, si la future » épouse venait à décéder sans délaisser un » ou plusieurs enfans d'un mariage subséquent, ou que son enfant du premier lit » vînt aussi à décéder avant ou après elle, » sans délaisser un ou plusieurs enfans, tous » les biens ci-devant mentionnés viendront » et retourneront *aux héritiers du futur* » *époux;* à cet effet, les fidéicommettant avec » défense d'aliénation ou affectation, *au profit* » *des héritiers du futur époux*, ses sœurs, neveux et nièces et de leurs descendans légitimes par représentation, les y substituant » par les présentes ».

Arrive le cas prévu par ces deux articles. Le sieur Rohaert meurt en novembre 1808, sans enfans. Sa femme et la fille du premier mariage de celle-ci lui survivent.

Question de savoir quel a été, sur les stipulations contenues dans les art. 5 et 6 du contrat de mariage de 1793, l'effet de la loi du 14 novembre 1792, publiée dans la Belgique à la fin de l'année 1795, et de l'art. 896 du Code civil, sous l'empire duquel est décédé le sieur Rohaert.

D'un côté, la veuve Rohaert prétend que les biens compris dans ces stipulations, ont été dégagés par la loi du 14 novembre 1792, *de tous liens de fidéicommis et de retour*, et qu'ils lui appartiennent *en pleine et entière propriété.*

De l'autre, les héritiers du sieur Rohaert soutiennent, au contraire, que ces stipulations ont été annulées par l'art. 896 du Code civil, parcequ'elles renferment une stipulation fidéicommissaire.

La cause portée au tribunal de première instance de Gand, jugement qui accueille la prétention de la veuve Rohaert et rejette celle des héritiers du mari,

« Attendu que le gain de survie stipulé

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1829, partie 2, page 251.

Digitized by Google

dans le contrat anténuptial dont il s'agit, est devenu irrévocable par la célébration du mariage;

» Que, dès ce moment, il en est résulté un droit acquis au survivant; que ce droit n'a été ni pu être atteint par l'art. 896 du Code civil;

» Que toutefois ceux en faveur de qui la substitution a été stipulée, n'étaient point parties au contrat; qu'ils n'ont acquis, par ce contrat, aucun droit; qu'il aurait été au pouvoir du sieur Rohaert de révoquer cette substitution, de la modifier ou de substituer d'autres personnes, si les lois prohibitives des substitutions n'étaient pas survenues; qu'ainsi, le droit des substitués a été atteint par la loi du 14 novembre 1792 ».

Les héritiers du sieur Rohaert appellent de ce jugement à la cour supérieure de justice de Bruxelles; et là, il intervient d'abord à la seconde chambre, un arrêt préparatoire qui divise la cause en deux parties : l'une, sur la question de savoir si la Substitution fidéicommissaire écrite dans l'art. 6 du contrat de mariage, emporte, d'après l'art. 896 du Code civil, la nullité du gain de survie accordé à la veuve Rohaert; l'autre, sur la question de savoir si le droit de retour stipulé en faveur des héritiers du mari, a survécu tant à la publication de la loi du 14 novembre 1792 qu'à celle de l'art. 896 du Code civil.

Le 31 mai 1813, arrêt qui, statuant sur le premier point, déboute les héritiers du sieur Rohaert de leur demande en nullité de la donation faite à la veuve par le contrat de mariage,

« Attendu que cette donation, bien que grevée de substitution, était valable dans le principe, et qu'il en était résulté, pour l'épouse contractante, un droit irrévocable, légalement acquis avant la publication de l'art. 896 du Code civil;

» Que la substitution, déjà annulée par la loi du 14 novembre 1792, ne peut sortir son effet, d'autant moins que le sieur Rohaert est décédé en novembre 1808, sous l'empire du Code civil qui proscrit les Substitutions fidéicommissaires ».

Et le 5 mai 1815, autre arrêt qui, statuant sur le second point, infirme le jugement de première instance et déclare que, si la fille de la dame Rohaert vient à décéder sans enfans, les biens donnés retourneront aux héritiers légitimes du donateur,

« Attendu que le contrat de mariage dont s'agit, renferme, d'une part, une stipulation de retour en faveur des héritiers Rohaert, et, d'autre part, une ordonnance de fidéicommis pour mieux en assurer l'effet;

» Attendu, en ce qui touche le retour, qu'il est permis de stipuler pour ses héritiers, et que cette stipulation doit avoir les mêmes effets que celle que l'on fait pour soi-même;

» Que les héritiers représentant le défunt, ne peuvent être considérés comme des tiers auxquels il ne compéterait qu'une action utile en vertu des contrats auxquels ils ne seraient pas intervenus;

» Que les lois abolitives des substitutions sont de stricte interprétation et ne peuvent par conséquent s'étendre à un droit de retour conventionnel, ainsi que cela a été jugé par plusieurs arrêts de la cour de cassation de France (1);

» Attendu, en ce qui touche la clause fidéicommissaire, que tout fideicommis a été aboli et annulé tant par la loi de 1792 que par l'art. 896 du Code civil; mais que la nullité de cette clause n'a pas dû rendre inopérante celle qui a pour objet le droit de retour, d'après la règle *utile per inutile non vitiatur* ».

Les héritiers du mari donateur acquiescent au premier de ces arrêts; mais la veuve se pourvoit, devant les première et troisième chambres de la même cour (2), en cassation contre le deuxième, et elle l'attaque comme violant la loi du 14 novembre 1792 qui abolit les Substitutions fidéicommissaires établies avant sa publication, et l'art. 896 du Code civil qui les prohibe.

Les héritiers du sieur Rohaert répondent 1° que l'arrêt attaqué ne fait qu'interpréter un contrat de mariage, et qu'il est, dès-lors, à l'abri de la cassation; 2° que la dame Rohaert ne peut pas accepter la donation ni en profiter, sans se soumettre à la charge que le donateur y a apposée; 3° qu'à la vérité, cette donation a été affranchie par la loi du 14 novembre 1792, de la Substitution fidéicommissaire dont le donateur l'avait grevée, mais qu'elle ne l'a point été du retour conventionnel que le donateur avait réservé à ses héritiers.

---

(1) Cette phrase se réfère aux arrêts de la cour de cassation des 11 frimaire an 14 et 17 janvier 1809, dont je viens de parler, et je n'ai pas besoin de rappeler ici que ces arrêts ne peuvent recevoir aucune espèce d'application aux dispositions régies par le Code civil.

(2) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Cassation*, §. 9.

Digitized by Google

La cause portée à l'audience des deux chambres constituées en cour de cassation, M. le procureur général Daniels en réduit la discussion au seul point de savoir si, dans l'art. 6 du contrat de mariage des sieur et dame Rohaert, on peut séparer la clause fidéicommissaire de la clause de retour, si celle-ci caractérise un retour vraiment conventionnel, si elle peut conserver son effet, alors qu'on est forcé de reconnaître que celle-là est abolie; et il se prononce pour la négative.

« Établissons d'abord (dit-il) quelle est la véritable différence entre ces deux sortes de dispositions.

» La réserve du droit de retour n'est rien autre chose et n'a jamais été qu'*une clause résolutoire* que le *donateur* appose en sa faveur à la donation *entre-vifs*, par laquelle il se dépouille *actuellement* de sa propriété en se réservant la réversion de la chose donnée, *pour le cas où il survivrait au donataire*.

» La différence entre la substitution et le droit de retour est donc bien sensible.

» Dans la stipulation du droit de retour, il ne s'agit que de l'intérêt de *deux* personnes; de celle qui *donne* et de celle qui *reçoit*. La première transfère la propriété de la chose donnée, mais elle en stipule la *réversion à son profit*, pour le cas où le donataire décéderait avant elle.

» Toute stipulation fidéicommissaire suppose, au contraire, *trois* personnes au moins; l'une qui dispose, l'autre qui est appelée en premier lieu (c'est le grevé de substitution), et la troisième à laquelle le grevé sera tenu de rendre.

» La stipulation du droit de retour ne peut avoir lieu que dans une *donation entre-vifs*, par laquelle le donateur transfère *actuellement* la propriété de la chose qu'il donne et dont il se dépouille.

» La substitution peut, au contraire, être apposée à une donation entre-vifs, à une *institution d'héritier* et *à un legs*, ou, ce qui revient au même, à une donation à cause de mort.

» Dans la stipulation du droit de retour, le donateur prévoit le cas où il survivrait au donataire : il veut qu'alors la donation soit résolue, et que les choses données *retournent à lui*.

» Dans la substitution, le *testateur* ou le *donateur* dispose en faveur de *deux tiers*, mais *successivement*; il veut que l'une des personnes avantagées ait la chose donnée *après l'autre*, d'abord le grevé, ensuite le substitué; il ne stipule rien en sa faveur.

» Pour se convaincre de ces vérités, remontons aux sources du droit de retour. Il y en a, comme tout le monde sait, deux espèces : le retour légal et le retour conventionnel. Le second a été introduit à l'imitation du premier. Dans l'un comme dans l'autre, on a employé les mots *retour* et *réversion*, pour indiquer que la chose *retourne* à la personne d'où elle est provenue.

» La loi 6, D. *de jure dotium*, fait mention du retour légal, et nous le rencontrons à côté d'une donation entre-vifs. Cette disposition, uniquement faite en faveur du père qui avait sa fille en sa puissance et qui lui constituait une dot, *dos profectitia*, a donné lieu à la *stipulation* du droit de retour pour les cas dans lesquels le retour légal n'aurait pas lieu. La loi 2, C. *de donationibus quæ sub modo*, en contient un exemple. Mais pour ne pas faire dégénérer la clause en une Substitution fidéicommissaire, il fallait bien lui conserver ses caractères essentiels. On ne pouvait attacher cette stipulation qu'à une donation entre-vifs qui dépouillât actuellement le donateur. Il se réservait, par cette clause, pour le cas où le donataire décéderait avant lui, la réversion de la chose donnée, et il faisait cette réserve à son profit. *Si rerum tuarum proprietatem dono dedisti*, dit la loi 2, C. *de donationibus quæ sub modo*, *ità ut post mortem ejus qui accepit, ad te rediret*. L'art. 951 du Code civil donne les mêmes caractères au retour conventionnel. *Le donateur*, dit-il, *pourra stipuler le droit de retour des objets donnés, soit pour le cas du prédécès du donataire seul, soit pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendans*. CE DROIT NE POURRA ÊTRE STIPULÉ QU'AU PROFIT DU DONATEUR SEUL.

» Le droit de retour conventionnel est donc l'effet d'une clause résolutoire, apposée à une donation *entre-vifs*, et *en faveur du donateur*.

» La clause emporte, au contraire, une Substitution fidéicommissaire, si elle a été stipulée en faveur d'un tiers (c'est-à-dire, en faveur d'un autre que la *personne* du donateur). Nous en trouvons un exemple dans la loi 3, C. *de donationibus quæ sub modo*. Le titre du Digeste, *depositi vel contrà*, en présente un autre.

» C'est aussi ce qu'a jugé, sous le Code civil, un arrêt de la cour de cassation de France, du 22 juillet 1812....

» En appliquant ce principe à l'espèce de la cause, nous n'apercevons, dans la cause en litige, aucune ombre d'un retour conven-

Digitized by Google

tionnel. La donation n'a été faite que pour le cas où la donataire ou ses descendans survivraient au donateur; première considération qui détruit toute idée d'un droit de retour, en ce qu'elle n'a pas été faite *en faveur du donateur*, mais au profit de ses héritiers. Il en résulte nécessairement que toute cette disposition n'est rien autre chose qu'une Substitution fidéicommissaire.

» Il importe maintenant de discuter un moment les motifs de l'arrêt attaqué.

» La stipulation ayant été faite en faveur des *héritiers* du sieur Rohaert, il a paru aux juges d'appel qu'elle devait produire le même effet que si elle avait été faite au profit du donateur même.

» Mais l'art. 951 du Code civil dit en termes formels que le retour ne peut être stipulé qu'au profit du donateur *seul*, et cette expression exclud à coup sûr les *héritiers* du donateur aussi bien que toute autre personne qui n'est pas héritière. C'est là une convention *personnelle*, PACTUM IN PERSONAM, dont les effets ne passent point aux héritiers. C'est une exception à la règle générale d'après laquelle on est censé stipuler *pour soi et ses héritiers*. Dans l'ancienne jurisprudence française, il était reçu que le donateur pût stipuler le droit de retour pour *lui et ses héritiers;* et c'est précisément ce qu'on n'a pas voulu dans la nouvelle législation. Telle est l'opinion unanime des commentateurs. Au surplus, dans notre espèce, le donateur n'a pas même stipulé le retour pour *lui et ses héritiers*, mais pour ses héritiers seuls; ce qui est contraire à toute idée de droit de retour.

» Les décisions de la cour de cassation de France (des 11 frimaire an 14 et 17 janvier en 1809), invoquées dans les motifs de l'arrêt attaqué, ne peuvent recevoir aucune application à cette cause, par la raison..... qu'elles ont été rendues pour des cas où le donateur était décédé *avant le Code civil*...

» En résumé, on ne saurait confondre la clause dont il s'agit, avec la stipulation d'un droit de retour, sans violer les dispositions de l'art. 951 du Code civil; on ne saurait méconnaître qu'elle renferme une véritable substitution, sans contrevenir à l'art. 896 du Code civil;

» Enfin, l'on ne peut justifier ces deux contraventions sous prétexte que l'arrêt attaqué se serait borné à interpréter l'intention des parties, puisqu'il est de règle que la fausse interprétation d'un contrat donne ouverture à cassation, toutes les fois qu'elle change la nature de l'acte et qu'elle tend à maintenir une disposition prohibée par la loi ».

Sur ces conclusions, arrêt du 5 novembre 1816, par lequel,

« Attendu que la clause dont il s'agit au procès, contient une ordonnance de fidéicommis et substitution dont la dame Rohaert et sa fille de premières noces étaient grevées au profit des défendeurs en cassation;

» Que cette proposition n'est susceptible d'aucun doute, puisqu'elle est reconnue et par les parties et par l'arrêt dont on poursuit la cassation;

» Attendu que la contexture de la clause s'oppose à qu'on y voie d'autre disposition que la constitution d'un fidéicommis; qu'elle s'oppose conséquemment à ce qu'on y voie une double disposition, l'une établissant un droit de retour et de réversion, l'autre l'ordonnance de fidéicommis ou substitution. C'est en effet, par la même phrase, d'un seul et même contexte, que le sieur Rohaert s'exprime pour manifester ce qu'il veut, savoir, que les biens dont il dispose, parviennent, le cas prévu échéant, à ses héritiers, ses sœurs, neveux et nièces et à leurs descendans légitimes par représentation; et c'est à cet effet qu'il ordonne le fidéicommis et la restitution;

» Attendu qu'en admettant même qu'on puisse voir la double disposition dont on vient de parler, celle concernant le retour ou réversion contiendrait de fait un fidéicommis, puisque le retour n'était pas stipulé personnellement en faveur du sieur Rohaert, donateur (ce qui était impossible, en ce qu'il ne devait s'ouvrir qu'après son décès), mais en faveur de ses héritiers; ce qui formerait, à leur égard, une libéralité de deuxième ou de troisième ordre, dont la dame Rohaert et les autres appelés après elle seraient chargés de leur conserver et rendre l'effet; et de l'avis de tous les auteurs, semblable vocation constitue un véritable fidéicommis;

» De tout quoi il résulte qu'en maintenant la disposition comme constituant un simple retour, l'arrêt attaqué a violé la loi du 14 novembre 1792 abolitive des fidéicommis, et l'art. 896 du Code civil, qui les annulle;

» Attendu, au surplus, qu'en prononçant comme il l'a fait, cet arrêt n'a pas simplement interprété la volonté des parties, mais a dénaturé l'essence de la stipulation dont il s'agit, et maintenu, par là, une disposition que la loi prohibe et annulle, et que, dès-lors, cet arrêt n'est point à l'abri de la cassation;

» Par ces motifs, la cour, sur les conclu-

Digitized by Google

sions conformes de M. le procureur général, casse et annulle.... (1) ».

Du reste, on sent bien que, si une clause de retour apposée à une donation entre-vifs au profit des héritiers du donateur, forme une Substitution fidéicommissaire, et par suite, vicie la disposition principale qui la contient, il doit, à plus forte raison, en être de même d'une clause semblable qui serait apposée à tout autre acte de libéralité; et c'est ce qu'a jugé, dans l'espèce suivante, un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, du 26 avril 1806.

Le sieur Poot et Jeanne-Marie Welvis avaient, par leur contrat de mariage, passé à Bruxelles le 17 prairial an 11, institué pour leur héritier universel Charles-Alexandre Depaep, enfant mineur de la future, issu d'un précédent mariage, dans le cas où il ne naîtrait point d'enfant de leur union; et sous la condition que, s'il mourait lui-même sans postérité, les biens retourneraient aux héritiers respectifs des deux époux par moitié.

Le sieur Poot étant décédé avant sa femme, ses héritiers ont attaqué cette institution comme nulle de plusieurs chefs, et notamment en ce qu'elle contenait une substitution.

Le 27 fructidor an 13, jugement du tribunal de première instance de Bruxelles, qui, en effet, annulle l'institution.

Appel de la part du mineur Depaep; et par l'arrêt cité,

« Attendu (entre autres motifs) que la succession des époux Poot ne lui a été hypothétiquement donnée qu'à la charge que les biens retourneraient par moitié à leurs héritiers respectifs, dans le cas où le donataire décéderait sans enfans;

» Que cette disposition a les caractères d'une substitution, puisque le donataire était tenu de conserver et de rendre la succession dans le cas prévu;

» Et attendu qu'aux termes de l'art. 896 du Code civil, les substitutions sont, non seulement prohibées, mais encore nulles, même à l'égard du donataire;

» La cour met l'appellation au néant.. (2) ».

§. V. *A qui a dû profiter l'abolition des Substitutions fidéicommissaires prononcée par la loi du 14 novembre 1792, lorsque le testateur, décédé avant la publication de cette loi, s'était ainsi exprimé :*

J'institue un tel héritier de tous mes biens immeubles, pour en jouir seulement pendant sa vie; mon intention étant qu'après sa mort, ces mêmes biens retournent à un tel, et en cas que celui-ci meure sans enfans, je lui substitue un tel? Est-ce l'héritier institué qui, par l'effet de l'abolition des substitutions, est devenu propriétaire incommutable des biens? Ou est-il demeuré simple usufruitier; et dans ce cas, est-ce en faveur de la personne appelée immédiatement après lui, ou bien est-ce au profit de l'héritier ab intestat *que la substitution a été abolie?*

Le 17 décembre 1793, Jean-François Defassin et Anne-Marie Vinrox, son épouse, domiciliés dans le pays de Liége, font un testament conjonctif par lequel, après avoir institué celui des deux qui survivra l'autre, héritier universel de tous leurs biens, ils ajoutent : « et » après la mort du dernier vivant de nous » deux, nous appelons notre sœur Marie-» Françoise Defassin, veuve Deroncy, pour » héritière de tous nos biens immeubles....., » et des acquêts que le survivant aurait faits » en viduité, *pour en jouir pendant sa vie;* » et pour, après sa mort, retourner iceux » biens immeubles à notre neveu Deroncy, » fils puîné de ladite dame; et en cas que le » dernier nommé ne laisse pas d'enfans mâ-» les...., nous lui substituons notre cousin » Albert Degrady.... ».

Par le même acte, ils lèguent à Jean-Lambert et à Nicolas-Henry Defassin, leurs frères et beaux-frères, chacun une rente viagère de 600 florins, *à payer par leur héritier immobilier qui aura la jouissance de leurs biens, et dont le premier canon écherra un an après le décès du survivant.*

Jean-François Defassin meurt le 7 mars 1794. Sa veuve le suit de près; elle meurt le 3 octobre suivant.

La veuve Deroncy se met en possession de tous les biens. Son frère Jean-Lambert Defassin paraît vouloir l'inquiéter, et lui propose, pour terminer toute difficulté, un arrangement qui modifie les dispositions des deux testateurs; elle lui répond en ces termes, le 14 août 1795 : « Je ne puis rien changer au tes-» tament conjonctif de mon frère aîné et de » sa femme, puisque je ne suis qu'*usufruitière* » de leurs biens ».

Peu de temps après, le 9 vendémiaire an 4, le pays de Liége est réuni définitivement à la France; et le.... brumaire suivant, la loi du 14 novembre 1792 y est publiée.

D'après cette loi, la veuve Deroncy se regar-

(1) Jurisprudence de la cour supérieure de justice de Bruxelles, année 1816, tome premier, page 53.

(2) Décisions notables de la cour d'appel de Bruxelles, tome 8, page 145.

Digitized by Google

dant comme propriétaire libre de tous les biens que lui a transmis le testament conjonctif du 17 décembre 1793, en vend une partie par contrats des 5 floréal an 9 et 24 nivôse an 10.

Les choses en cet état, Jean-Lambert Defassin, son frère, la fait assigner en déchéance d'usufruit : il se fonde sur l'art. 23 du chap. 6 de la coutume de Liége, suivant lequel, « qui fait transport ou aliénation absolue et » perpétuelle des biens immeubles dont il » est tant seulement usufructuaire, FAISANT, » comme on dit, D'HUMIER PROPRIÉTÉ, forfait » son droit d'humier, et se consolide tel usu- » fruit avec le droit de propriété ».

La veuve Deroncy soutient que, par le testament du 17 décembre 1793, elle est investie de la propriété des biens des deux testateurs, sous la charge de les rendre, lorsqu'elle viendra à mourir, à son fils puiné; que la loi du 14 novembre 1792 l'a affranchie de cette charge; qu'ainsi, elle est actuellement propriétaire libre.

Le 4 germinal an 10, jugement du tribunal civil de l'arrondissement de Liége, qui le décide ainsi.

Appel, et par arrêt du 19 frimaire an 11,

« Attendu que, par le testament conjonctif de Jean-François Defassin et d'Anne-Marie Vinrox, son épouse, la dame intimée a été instituée héritière de tous les biens immeubles des testateurs; que, quoique immédiatement après l'institution, il soit dit : *pour en jouir seulement pendant sa vie, et pour, après sa mort, retourner iceux immeubles à notre neveu Deroncy*, il n'en est pas moins vrai que les testateurs ont laissé la propriété de leurs biens immeubles à la dame intimée, leur héritière, grevée, à la vérité, des substitutions énoncées audit testament;

» Qu'en effet, ces mots, *pour après sa mort retourner iceux biens*, dénotent clairement que les testateurs ont entendu que la propriété laissée à la dame intimée, serait réversible après sa mort; et que, s'ils ont dit qu'elle ne jouirait desdits biens que pendant sa vie, ça été pour établir d'autant mieux la substitution et pour faire entendre que la dame intimée n'aurait qu'une jouissance telle qu'ont ordinairement les personnes qui sont grevées de substitution;

» Attendu que, par l'effet des lois qui ont aboli les substitutions, la propriété de la dame intimée a été dégagée des liens auxquels elle avait été assujétie, et est demeurée dans ses mains disponible et entière;

» Le tribunal (d'appel de Liége) déclare avoir été bien jugé, mal et sans griefs appelé.... ».

Jean-Lambert Defassin se pourvoit en cassation, et soutient

1° Que la cour d'appel de Liége, en jugeant la veuve Deroncy propriétaire, de simple usufruitière qu'elle était, a violé les lois romaines qui prescrivent impérieusement l'exécution des actes de dernière volonté : *uti quisque legassit, ità jus esto;*

2° Qu'elle a fait une fausse application de la loi du 14 novembre 1792;

3° Que, par suite, elle a contrevenu à l'art. 23 du tit. 6 de la coutume de Liége.

« Le sort de ces trois moyens (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 19 nivôse an 12) est subordonné à deux questions :

» L'une, si le demandeur avait qualité pour actionner la veuve Deroncy;

» L'autre, si, par le testament conjonctif du 17 décembre 1793, la veuve Deroncy a été appelée à la propriété des biens des deux testateurs, avec charge de Substitution fidéicommissaire au profit de son fils puiné, ou si elle n'a été investie que du titre et des droits de simple usufruitière.

» La première question n'a été ni discutée ni jugée par le tribunal d'appel; il l'a regardée comme inutile; mais elle l'a été par le tribunal de première instance, et par cette raison, il ne sera pas hors de propos d'en dire quelque chose.

» Du premier abord, il semble qu'en effet le demandeur soit sans qualité, et cela paraît résulter de deux considérations également décisives.

» D'un côté, le demandeur ne se présente que comme héritier *ab intestat* de Jean-François Defassin. Mais ce n'est pas dans la succession de celui-ci, c'est dans celle de Marie-Anne Vinrox, sa veuve, que la dame Deroncy a recueilli les biens litigieux. Par le testament conjonctif du 17 décembre 1793, qui n'est attaqué ni dans la forme ni au fond, Jean-François Defassin et Anne-Marie Vinrox s'étaient institués réciproquement héritier universel l'un de l'autre; et par l'événement du prédécès de Jean-François Defassin, c'est Anne-Marie Vinrox qui a profité de cette institution. Dès ce moment, tous les biens de Jean-François Defassin sont passés dans la propriété d'Anne-Marie Vinrox; ils sont donc devenus étrangers à Jean-Lambert Defassin, considéré comme héritier *ab intestat* de son frère.

» D'un autre côté, si la dame Deroncy n'est pas devenue propriétaire de ces biens

Digitized by Google

par le décès d'Anne-Marie Vinrox, qui est-ce qui l'est devenu d'après le testament du 17 décembre 1793? Ce n'est pas Jean-Lambert Defassin à qui les testateurs n'avaient assigné qu'une rente viagère de 600 florins; mais c'est le fils puîné de la dame Deroncy elle-même. La dame Deroncy ne pourrait donc essuyer de contestation sur sa qualité de propriétaire ou d'usufruitière, que de la part de son fils puîné; et son fils puîné ne réclamant rien contre elle, son fils puîné la reconnaissant pour propriétaire, nul autre ne paraît avoir le droit de l'inquiéter.

» Mais ces raisons si spécieuses à la première vue, s'évaporeront bientôt au creuset d'une mûre réflexion.

» D'abord, s'il était vrai que la dame Deroncy n'eût été appelée par les testateurs qu'à un simple usufruit, il le serait aussi que son fils puîné n'eût pas été saisi immédiatement, après la mort d'Anne-Marie Vinrox, de la propriété des biens litigieux, puisque, par le testament du 17 décembre 1793, ce n'est qu'après le décès de sa mère que les biens litigieux doivent lui *retourner;* le décès de sa mère serait donc pour lui, dans cette hypothèse, la condition de l'accomplissement de laquelle dépendrait l'exercice de son droit de retour, ou, ce qui est la même chose, l'ouverture du legs auquel il a été appelé par les testateurs. Tant que sa mère vit, il n'a sur les biens légués qu'une simple expectative; et pendant tout ce temps, la propriété repose nécessairement sur la tête des héritiers *ab intestat.* C'est donc aux héritiers *ab intestat* qu'appartiennent, pendant tout ce temps, les actions résultant de la qualité de propriétaire; elles continueront même de leur appartenir, lorsque le legs sera ouvert par la mort de la dame Deroncy, tant que le légataire n'aura pas accepté son legs et n'en n'aura pas obtenu la délivrance.

» Il ne s'agit donc plus que de savoir quels sont, dans cette hypothèse, les héritiers *ab intestat* à qui appartiennent, quant à présent, les biens litigieux. Or, il est facile de démontrer que ce sont, non seulement les parens les plus proches d'Anne-Marie Vinrox, mais encore les parens les plus proches de Jean-François Defassin.

» En effet, ce n'est pas purement et simplement que Jean-François Defassin a institué Anne-Marie Vinrox son héritière universelle, dans le cas arrivé où elle le survivrait; il ne l'a instituée qu'en instituant après elle la dame Deroncy, et à la charge qu'après la mort de la dame Deroncy, les biens retourneraient à son fils puîné. Anne-Marie Vinrox était donc grevée de Substitution fidéicommissaire, soit en faveur de la dame Deroncy directement, soit en faveur du fils puîné de la dame Deroncy, sous la condition néanmoins qu'il survivrait à sa mère. Ce n'est donc pas dans la succession d'Anne-Marie Vinrox que se trouve la portion des biens litigieux qui provient de Jean-François Defassin; cette portion existe encore dans la succession de Jean-François Defassin lui-même; et par conséquent c'est aux héritiers *ab intestat* de Jean-François Defassin, que la loi en défère la saisine, jusqu'à l'accomplissement de la condition de laquelle dépend le legs du fils puîné de la dame Deroncy.

» Et vainement a-t-on dit dans le jugement de première instance, qu'Anne-Marie Vinrox aurait pu révoquer le testament conjonctif du 17 décembre 1793, et disposer à son gré de la totalité des biens de son mari, comme de la totalité de ses propres biens. Cela est vrai, mais il n'en faut pas conclure que les biens provenant de Jean-François Defassin, doivent être en ce moment considérés comme existans dans la succession d'Anne-Marie Vinrox.

» Il est certain, et Méan, *ad jus civile leodiensium,* le prouve dans sa *déf.* 23, que, lorsque par un testament conjonctif, deux personnes s'instituent réciproquement héritières l'une de l'autre, et instituent un tiers après la mort de la dernière vivante d'elles, la dernière vivante, en recueillant l'effet de l'institution réciproque, contracte, comme héritière grevée, l'obligation de restituer, en mourant, au tiers institué, tous les biens de son co-testateur et les siens propres.

» Il est certain encore, et c'est un principe élémentaire du droit romain, que *gravanti succeditur, non gravato.*

» A la vérité, dans notre espèce, Anne-Marie Vinrox avait, par une clause expresse du testament du 17 décembre 1793, le pouvoir de disposer, après la mort de son mari, de tous les biens de l'un et de l'autre. Mais tout ce qui résulte de cette clause, c'est que la substitution dont était grevée Anne-Marie Vinrox, était ce qu'on appelle en droit *fideicommissum cùm liberâ*, ou, si l'on veut, *fideicommissum de eo quod supererit.* Cette substitution, elle aurait pu la réduire à rien par des dispositions contraires; mais elle ne l'a point fait. La substitution s'est donc maintenue dans toute sa force, jusqu'à la mort d'Anne-Marie Vinroux, arrivée plus de deux ans avant la publication de la loi du 14 novembre 1792; elle a donc conservé les biens provenans de Jean-François Defassin dans la succession de celui-ci. Jean Lambert peut donc,

Digitized by Google

comme héritier *ab intestat* de ces mêmes biens, exercer à leur égard toutes les actions qui dérivent de la propriété, si vraiment la propriété n'en a pas été transmise directement à la dame Deroncy par le décès d'Anne-Marie Vinroux. Nous ne pouvons donc qu'applaudir au parti qu'a pris le tribunal d'appel de Liége de ne pas s'arrêter au défaut de qualité que les premiers juges avaient opposé à Jean-Lambert Defassin; et cette conséquence amène naturellement notre seconde question, celle de savoir si, par le testament du 17 décembre 1793, la veuve Deroncy a été appelée immédiatement à la propriété des biens des deux testateurs, sous la charge d'une substitution, ou si elle ne l'a été qu'à un simple usufruit.

» La clause du testament du 17 décembre 1793 qui concerne la veuve Deroncy, contient deux dispositions qu'il faut bien distinguer : l'une, qui institue la veuve Deroncy héritière de tous les biens immeubles des deux testateurs; l'autre, qui veut que la veuve Deroncy ne jouisse de ces biens que pendant sa vie, et qu'après sa mort ils retournent à son fils puîné.

» De ces deux dispositions, la première emporte naturellement et par soi une transmission de propriété; léguer un effet quelconque, c'est vouloir que cet effet appartienne au légataire, et il n'appartiendrait pas au légataire, si celui-ci n'en avait pas le domaine proprement dit.

» Mais cette première disposition n'est-elle pas dénaturée par la seconde? Non, car il est de principe que, dans un testament, toutes les clauses doivent s'expliquer de manière à avoir chacune son effet; et il est bien évident que, dans notre espèce, la première disposition n'aurait pas l'effet qu'emportent les termes dans lesquels elle est conçue, si elle était restreinte par la seconde à un simple usufruit.

» Sans doute, si les testateurs avaient dit : *nous instituons la veuve Deroncy héritière de l'usufruit de tous nos biens immeubles*, le legs ne comprendrait évidemment qu'une jouissance viagère. Mais ce n'est pas ainsi que les testateurs se sont exprimés; ils ont commencé par léguer leurs biens immeubles, et par conséquent la propriété comme l'usufruit de ces mêmes biens, à la veuve Deroncy; et s'ils ont ajouté que la veuve Deroncy n'en aurait que la jouissance pendant sa vie, ils ont tout de suite expliqué à quelle fin ils entendaient la restreindre à cette jouissance : c'est, ont-ils dit, pour que nos biens retournent, après la mort de la veuve Deroncy, à son fils puîné. Ils ont donc, par là, grevé de Substitution fidéicommissaire les immeubles qu'ils laissaient à la veuve Deroncy; mais, par là même, ils ont confirmé, dans la personne de la veuve Deroncy, la qualité de propriétaire qu'ils lui avaient conférée par leur première disposition.

» C'est ainsi que Voët, sur le digeste, titre *de usufructu*, n° 12, résoud une espèce semblable qu'il se propose. Lorsqu'un testateur, dit-il, commence par léguer, non un simple usufruit, mais tels biens, il est censé léguer la propriété des biens qu'il désigne, encore qu'il ajoute que le légataire n'en jouira que pendant sa vie et qu'il ne pourra les aliéner en aucun cas : *si ab initio testator non dixerit se* USUMFRUCTUM, *sed se* BONA *Titio relinquere, etsi posteà addiderit,* EA A TITIO, QUAMDIU VIXERIT, POSSIDENDA ESSE, TITIUMQUE.... NULLO MODO.... LICENTIAM ALIENANDI HABITURUM, *clausula illa non impedit quominùs proprietas legata censeatur.* En effet, continue Voët, la propriété une fois donnée par le legs pur et simple *des biens*, ne peut pas être censée ôtée, soit par la prohibition d'aliéner, soit par la clause que le légataire jouira pendant sa vie : car ce ne sont pas des choses contradictoires, que d'être propriétaire et de ne l'être que pour un temps limité, pour la durée de la vie, par exemple, et de ne pouvoir pas aliéner; cela se voit tous les jours dans les fidéicommis qui doivent s'ouvrir par la mort du grevé. Ce serait donc une erreur d'inférer de ces sortes de clauses ajoutées à un legs de biens, autre chose que l'institution d'un fidéicommis et la nécessité imposée au légataire de rendre après sa mort : *quippè quæ (proprietas) data dùm bona relinquebantur, videri non potest adempta ex eo quod alienandi potestas adimitur posteà, neque etiam ex clausulâ* POSSIDENDI QUAMDIU *vixerit, aut simili : non enim inter hæc pugna est aliquem dominum esse, et tamen alienandi potestate destitui, atque etiàm temporarium tantùm, quamdiù vixerit, dominium habere; ut potè quod utrumque in rebus ex fideicommisso post mortem gravati restituendis quotidianum est; adeòque erraveris si ex ejusmodi adjectionibus aliud collegeris, quùm fideicommissi onus, et post mortem honorati restituendi necessitatem.*

» Ainsi s'explique Voët, et ce qu'il dit mérite ici d'autant plus de considération, que ce n'est, à proprement parler, que la répétition de deux lois romaines qui décident dans le même sens la question sur laquelle porte sa doctrine.

» Un testateur avait légué à Seïa des effets d'or et d'argent; ensuite, il avait ajouté : Je

Digitized by Google

vous charge, Seïa, de rendre à tel et tel, après votre mort, tout ce que je vous ai légué en or et en argent, mon intention étant que vous n'en ayez que l'usufruit votre vie durant : *Species auri et argenti Seïæ legavit, et ab ea petiit in hæc verba : à te, Seïa, peto ut quidquid tibi specialiter in auro, argento, legavi, id cùm morieris reddas, restituas illi et illi : quarum rerum ususfructus, dùm vives, tibi sufficiet.* Après la mort du testateur, il fut question de savoir si la légataire n'avait droit qu'à l'usufruit de l'or et de l'argent. Et il fut répondu qu'elle en avait la propriété grevée de fidéicommis : *quæsitum est an ususfructus auri et argenti solus legatariæ debeatur? Respondit, verbis quæ proponerentur, proprietatem legatam addito onere fideicommissi.* (Loi 15, D. *de auro, argento.... legatis*).

» Une somme d'argent avait été léguée à Titius, à la charge qu'après sa mort, elle retournerait à Mévius ; et le testateur avait ajouté que Titius n'aurait que l'usage de cette somme. Question de savoir si, par cette disposition, Titius n'était en effet que légataire de l'usage, ou s'il l'était en même temps de la propriété, à la charge de la restituer à Mévius? Les empereurs Sévère et Antonin décidèrent que le testateur lui avait légué la propriété, et que l'énonciation de l'usage n'avait eu d'autre objet que de marquer d'autant mieux le fidéicommis dont cette propriété était grevée: *cùm pecunia erat relicta Titio, ità ut post mortem legatarii ad Mævium rediret; quanquàm adscriptum sit ut usum ejus Titius haberet, proprietatem tamen ei legatam, usûs mentionem factam, quia erat restituenda ab eo pecunia post mortem ejus, divi Severus et Antonius rescripserunt.* (Loi 12, D. *de usufructu earum rerum quæ usu consumuntur*).

» Et inutilement viendrait-on vous dire que, dans l'espèce actuelle, les auteurs du testament conjonctif du 17 décembre 1793 n'ont pas chargé la veuve Deroncy de rendre à son fils puîné les biens qu'ils lui laissaient.

» Ils ne l'ont pas chargée expressément de les rendre, mais ils ont fait l'équivalent, en ordonnant qu'à sa mort ces biens retourneraient à son fils puîné; ce mot *retourner* n'est pas moins caractéristique du fidéicommmis que les mots *rendre*, *restituer*; il désigne, comme ceux-ci, ce que les jurisconsultes appellent *tractum temporis*, le trait du temps; il établit, comme ceux-ci, un ordre successif de la veuve Deroncy à son fils puîné; et par conséquent, comme ceux-ci, il prouve que l'intention des testateurs a été que la veuve Deroncy possédât les biens comme grevée de Substitution fidéicommissaire. C'est d'ailleurs ce que décide textuellement la seconde des lois citées.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête du demandeur et de le condamner à l'amende de 150 francs envers le trésor public ».

Sur ces conclusions, arrêt du 19 nivôse an 12, au rapport de M. Oudot, par lequel,

« Attendu qu'il est de principe, en droit, que, lorsqu'un testateur institue un héritier dans ses biens, ou lorsqu'il dispose en les donnant, en tout ou en partie, par simple legs à quelqu'un, une telle institution ou un tel legs confère la propriété des objets donnés, lors même que le testateur aurait restreint sa libéralité à l'usufruit de ces objets, et ordonné qu'ils retourneraient à une tierce-personne après la mort de l'héritier ou du légataire;

» Qu'en pareil cas, la propriété des choses données est considérée comme grevée de fidéicommis;

» Que ces principes sont appuyés sur le texte précis des lois romaines, et notamment sur la loi 15, au digeste, *de auro et argento*, et sur la loi 12, aussi au digeste, *de usufructu earum rerum quæ usu consumuntur;*

» Qu'il résulte de ces principes, que le testament du 17 décembre 1793 a réellement conféré la propriété des biens de Joseph-Pierre Defassin et d'Anne-Marie Vinrox à la veuve Deroncy;

» Qu'il n'y a par conséquent dans le jugement attaqué aucune contravention aux dispositions du testament, ni à celles de la loi des 25 octobre et 14 novembre 1792, ni enfin à celles de la coutume de Liége;

» Le tribunal rejette la demande en cassation..... ».

V. le §. suivant.

§. VI. *Quel doit être, aujourd'hui, dans un testament, l'effet d'une clause ainsi conçue : « Je donne et lègue à Titius.... » tous les biens dont la disposition m'est » permise par la loi...., pour par lui en » jouir et disposer, à compter du jour de » mon décès, en usufruit seulement sa vie » durant... Je veux qu'après le décès de » Titius, le legs universel que je viens » de lui faire, appartienne en toute pro- » priété et jouissance à ses enfans » ?*

Certainement il n'y a point de substitution dans ces clauses, si le testateur n'a légué à Titius que l'usufruit de ses biens disponibles; car, dans cette hypothèse, la nue-propriété de ses biens aurait été acquise, dès l'instant de son décès, aux enfans de Titius; et l'on sait

Digitized by Google

qu'il ne peut pas exister de fidéicommis sans vocation par ordre successif.

Mais si le testateur a légué à Titius la propriété, en même temps que l'usufruit, de ses biens, il n'y a nul doute que les enfans de Titius ne soient appelés que comme fidéicommissaires; car, dans cette hypothèse, la propriété ne pourrait leur être acquise que par le décès de leur père; il y aurait conséquemment, de leur père à eux, un ordre successif de vocation; et c'est là précisément ce qui caractérise le fidéicommis.

Il y a, en effet, fidéicommis toutes les fois qu'il existe une disposition par laquelle, en gratifiant quelqu'un, on le charge de rendre l'objet de la libéralité à un tiers que l'on en gratifie en second ordre; ou, ce qui est la même chose, toutes les fois qu'on donne à deux personnes dont l'une ne doit recueillir qu'après l'autre; en un mot, toutes les fois que les deux gratifiés sont appelés à recueillir successivement et non pas concurremment, *ordine succesivo et non conjunctivo seu simultaneo*, dit Peregrinus, *de fideicommissis*, art. 17, nº 1.

La question porte donc tout entière sur ce point : Titius n'est-il légataire que de l'usufruit, ou bien est-il aussi légataire de la propriété, à la charge de la conserver et de la transmettre à ses enfans?

Du premier abord, Titius semble n'être appelé qu'à un legs d'usufruit : *pour par lui en jouir et disposer en usufruit seulement sa vie durant.*

Mais si l'on considère que le testateur commence par léguer à Titius *tous les biens dont il lui est permis par la loi de disposer*; si l'on considère que les enfans de Titius ne doivent recueillir, non seulement la *jouissance*, mais la *propriété*, qu'après la mort de leur père; si l'on considère surtout que ce qu'ils doivent recueillir, en toute propriété et jouissance, après la mort de leur père, c'est précisément le *legs universel* qui vient d'être fait à leur père lui-même; il deviendra impossible de ne pas voir dans Titius un légataire universel de la propriété, à la charge de la conserver et transmettre à ses enfans.

Il n'importe que le testateur ait déclaré qu'il ne jouirait et disposerait qu'*en usufruit seulement sa vie durant*. Ce n'est là, de la part du testateur, qu'une disposition *accessoire*. Sa disposition *principale* est dans la clause par laquelle il lègue à Titius tous ses biens libres: par cette disposition, il rend incontestablement Titius propriétaire. Il le rend si bien tel, que, dans la phrase suivante, il qualifie lui-même de *legs universel* la disposition par laquelle il vient d'appeler Titius à la généralité de ses biens; et certainement ce ne serait pas un legs universel, si Titius ne devait être qu'usufruitier. Il le rend si bien tel, que les enfans de Titius ne doivent, d'après sa volonté expresse, recueillir ce legs universel, même quant à la propriété, que postérieurement au décès de leur père.

C'est au surplus, comme on l'a vu dans le paragraphe précédent, la décision expresse de deux lois romaines.

Et cette décision est d'autant plus remarquable, elle a ici d'autant plus de force, que, dans le droit romain, il n'y avait aucune loi prohibitive qui obligeât les testateurs de recourir à des expressions, en quelque sorte frauduleuses, pour masquer sous l'apparence d'un legs d'usufruit, le legs d'une propriété grevée de Substitution fidéicommissaire.

Les testateurs, dans le droit romain, pouvaient à leur gré substituer fidéicommissairement, et même étendre jusqu'aux degrés les plus éloignés, les fidéicommis qu'il leur plaisait d'établir; ils n'avaient par conséquent aucun intérêt de chercher à voiler, sous la dénomination d'usufruit, la propriété qu'ils voulaient laisser à quelqu'un, avec la charge de la rendre à un tiers.

Et cependant, comme on vient de le voir, lorsqu'ils faisaient un legs à telle personne, avec déclaration qu'après la mort de cette personne, la chose léguée passerait à telle autre, à l'effet de quoi, la personne gratifiée en première ligne, n'aurait que l'usufruit; ce n'était pas un simple usufruit qu'ils étaient censés léguer à celle-ci, mais une véritable propriété grevée d'une Substitution fidéicommissaire; pourquoi? Nous l'avons déjà dit, parceque, dans cette hypothèse, la disposition directe et principale portait sur la propriété; parceque la propriété ne devait passer au gratifié en second ordre, qu'après la mort du gratifié en première ligne; parceque de là resultait, dans les deux vocations, un ordre successif essentiellement caractéristique du fidéicommis; parceque la mention de l'usufruit était censée n'avoir été ajoutée à ces dispositions, que pour assurer d'autant plus l'effet de la substitution.

Ces raisons, qui seules avaient porté les législateurs romains à interpréter dans ce sens les clauses dont il s'agit, s'étaint singulièrement agrandies dans notre ancienne législation, par les entraves qu'elle avait mises à la faculté de substituer, en restreignant les substitutions à trois degrés; et elles ont bien plus de force encore dans la nouvelle, par l'abolition totale qu'elle a faite de cette faculté.

Digitized by Google

Si l'on eût pu, sous notre ancienne législation, esquiver, par l'emploi du mot *usufruit*, la défense de substituer au delà de trois degrés, les testateurs n'eussent jamais manqué de disposer de manière que l'institué, tout propriétaire qu'il eût été sous la charge de rendre, n'eût paru qu'un simple usufruitier; et par cette tournure fraudu- leuse, ils eussent étendu jusqu'au quatrième degré des fidéicommis qui, d'après la loi, devaient s'éteindre au troisième.

De même, si l'on pouvait aujourd'hui diposer efficacement, comme le testateur dont il s'agit dans l'espèce proposée, la loi du 14 novembre 1792 et l'art. 896 du Code civil seraient perpétuellement éludés. Tous les jours, on verrait des testateurs, des donateurs échapper à la prohibition que font ces lois de substituer fidéicommissairement.

Mais si, de ce que le testament dont il s'agit dans l'espèce proposée, contient une Substitution fidéicommissaire, il s'ensuit qu'il ne confère aucun droit aux substitués, et que la vocation de ceux-ci doit être regardée comme non écrite, s'ensuit-il également que les héritiers du testateur puissent attaquer le legs universel fait à Titius, et le faire déclarer nul, soit quant à l'usufruit, soit quant à la propriété?

Il faut distinguer : ou l'auteur de ce testament est mort depuis la publication de la loi du 13 floréal an 11, formant aujourd'hui le titre *des donations* et *testamens* du Code civil, ou il était mort auparavant.

Dans le premier cas, le legs universel est nul pour le tout (1) : « Toute disposition par » laquelle le donataire, l'héritier institué, » ou le légataire, sera chargé de conserver » et de rendre à un tiers, sera nulle, même » à l'égard du donataire, de l'héritier institué » ou du légataire ». (*Art. 896 du Code civil*).

Mais dans le second cas, Titius doit posséder en propriétaire libre, les biens compris dans son legs universel.

Il est constant, en effet, qu'avant le Code civil, la nullité de la charge apposée à un legs, ne rendait pas le legs nul; et qu'il en résultait seulement, pour le légataire, une dispense d'accomplir cette charge.

C'est ce que prouve la loi 8, C. *de legatis*. Un testateur ne sachant pas que l'engagement solennel dans la milice empêchait les soldats d'être tuteurs, avait légué à un militaire une somme d'argent, à la charge de gérer la tutelle de ses enfans: on demanda si le légataire étant incapable d'être tuteur, pouvait prétendre son legs; la décision fut qu'il le pouvait.

Voilà ce que j'ai dit dans la première édition de ce recueil. Je n'y ai rien changé dans la seconde; mais j'aurais dû, dans l'une et dans l'autre, ajouter à la doctrine que j'y ai professée, une modification importante qui résulte des principes établis dans les conclusions du 5 juin 1809, rappelées ci-dessus, §. 4, n° 1 :

C'est que les règles conjecturales du droit romain d'après lesquelles on jugeait avant le Code civil, qu'il y avait Substitution fidéicommissaire dans tel ou tel cas, ne font plus loi; que par conséquent les juges ne sont plus aujourd'hui obligés de considérer comme substitution proprement dite, une disposition par laquelle un testateur, en léguant tous ses biens à quelqu'un, déclare qu'il n'en aura que l'usufruit, et qu'à sa mort, ils retourneront à la personne qu'il désigne; qu'un arrêt qui jugerait qu'en effet une pareille disposition n'emporte point la charge de conserver et de rendre, ne pourrait pas être atteint par la cassation; et qu'on devrait même plutôt le regarder comme ayant bien jugé, parceque, dans le doute, on doit s'en tenir à l'interprétation qui tend à valider l'acte.

§. VII. *Dans quel cas celui qui, avant la loi du 14 novembre 1792, a été immédiatement appelé par le substituant à jouir comme usufruitier, des biens grevés de fidéicommis, est-il censé avoir rempli le premier degré de la Substitution fidéicommissaire?*

Cette question, qui a beaucoup d'analogie avec les deux précédentes, a été parfaitement discutée dans une affaire qui a été portée en 1800, à la cour de cassation. En voici l'espèce.

Le 27 juin 1704, Jacques de Bérulle fait un testament, dans lequel il s'exprime ainsi :

« A l'égard du surplus de ses biens meubles et immeubles qui se trouveront lui appartenir au jour de son décès, le testateur veut et ordonne que la disposition en soit faite en la manière suivante :

» C'est à savoir qu'à l'égard des terres de Bérulle, Foissy, Miby, Flassy, Rigny, Cerilly, et tous les autres biens qu'il possède ès environs, Pierre de Bérulle, son frère, premier président du parlement de Grenoble, *en ait l'usufruit* sa vie durant; et après son décès, *le même usufruit* appartiendra au fils aîné dudit premier président, neveu du testateur,

(1) *V.* ci-après, §. 15, n° 2.

Digitized by Google

pour en conserver le fonds et propriété, au profit des enfans aînés mâles qui naîtront en légitime mariage dudit fils aîné, et de ses enfans mâles, en faveur desquels il fait une substitution graduelle desdites terres, *jusqu'au quatrième degré*, gardant et observant toujours l'ordre de primogéniture, de mâle en mâle.

» Et si ledit fils aîné dudit premier président décède sans enfans mâles, le testateur appelle à ladite substitution son frère puîné et ses enfans aînés mâles; et à défaut dudit puîné, le troisième, ou autre enfant mâle, issu dudit premier président, recueillera les biens de ladite substitution, aux conditions ci-dessus ».

Après avoir ainsi disposé, le testateur décède.

Pierre de Bérulle, *premier* du nom, son frère, jouit, pendant tout le reste de sa vie, des biens compris dans la disposition que l'on vient de transcrire.

Après son décès, Pierre de Bérulle, *second* du nom, son fils aîné, en jouit également pendant toute sa vie.

Enfin, après le décès de Pierre de Bérulle, *second* du nom, Pierre-Amable-Thomas de Bérulle, son fils aîné, se met sans difficulté en possession des mêmes biens.

Le 31 mai 1779, celui-ci marie Amable-Pierre-Albert de Bérulle, son fils aîné, avec Marie-Blanche-Rosalie Hue de Miromesnil.

Il paraît que son intention était d'assurer à ce fils aîné, tous les biens compris dans la substitution fondée par le testament du 27 juin 1704. Mais on était dans l'incertitude si tous les degrés de cette substitution étaient épuisés, c'est-à-dire, si le premier président de Bérulle en avait ou non rempli le premier degré, et si, en conséquence, Pierre-Amable-Thomas de Bérulle était propriétaire libre, ou s'il était encore grevé au profit d'Amable-Pierre-Albert de Bérulle, son fils aîné.

Dans cette incertitude, Pierre-Amable-Thomas de Bérulle fait à son fils aîné, et par contrat de mariage même, une donation ainsi conçue : « Dans le cas où il serait décidé que » la substitution des objets composant la » terre de Bérulle et celle de Cérilly, faite par » le testament de Jacques de Bérulle, grand-» oncle dudit de Bérulle, reçue par Bon-» homme, notaire à Paris, le 27 juin 1704, *se* » *trouve terminée dans la personne dudit de* » *Bérulle*, père dudit futur époux, comme » ayant parcouru tous les degrés fixés ou res-» treints par les ordonnances; ledit de Bé-» rulle père, sous la réserve de la jouissance » pendant sa vie, fait, par ces présentes, do-» nation entre-vifs et irrévocable, à la charge » de la substitution ci-après mentionnée, au-» dit futur époux, son fils aîné, s'il le survit, » ou, dans le cas contraire, à l'aîné mâle de » sa descendance masculine, non seulement » des objets composant la terre de Bérulle et » celle de Cérilly, tels qu'ils ont été recueil-» lis par lui audit titre de substitution, mais » encore des acquisitions des différentes par-» ties de celle de Rigny, faites tant par ledit » de Bérulle que par ses auteurs ».

Suivent quelques clauses par lesquelles le donateur grève de substitution les objets qu'il donne, et cependant se réserve la faculté de les aliéner ou échanger. Puis le donateur ajoute : « S'il est, au contraire, jugé que les » degrés de substitution faite par le testament » dudit feu Jacques de Bérulle, ne sont pas » épuisés dans la personne dudit de Bérulle » père, les donations et substitutions faites » ci-dessus de la terre de Bérulle et de celle » de Cérilly n'auront pas lieu; et ledit futur » époux les recueillera au titre de la vocation » portée audit testament de Jacques de Bé-» rulle; mais audit cas, ledit de Bérulle père » fait ici donation, sous la réserve de l'usu-» fruit pendant sa vie, audit futur époux, » son fils, des acquisitions faites, tant par » ledit de Bérulle père, que par ses auteurs, » des différentes portions de la terre de » Rigny ».

Le 6 thermidor an 2, est mort Amable-Pierre-Albert de Bérulle, donataire éventuel des biens énoncés dans ce contrat. Il laissait plusieurs enfans mineurs, dont l'aîné se nommait Armand-Amable-Marie. C'est à celui-ci qu'étaient dévolus les droits qui avaient pu appartenir à son père, d'après le contrat de mariage du 31 mai 1779.

Le 17 germinal an 5, décès de Pierre-Amable-Thomas de Bérulle, aïeul de cet enfant, et auteur de la donation portée dans l'acte dont on vient de parler.

Alors s'élève, devant le tribunal civil du département de la Seine, entre ce même enfant, d'une part, les mineurs Mauléon, ses cousins germains, et François de Bérulle, son oncle; de l'autre, la question de savoir si la donation doit avoir son effet.

Ceux-ci soutiennent 1° que la donation est radicalement nulle, parceque leur père, en la faisant, s'est réservé le pouvoir d'aliéner les biens qui en forment l'objet, et que *donner et retenir ne vaut;* 2° qu'en tout cas, elle est devenue caduque, quant aux biens substitués par le testament fait en 1704, par Jacques de Bérulle, parcequ'elle n'a été faite que pour le cas où la substitution serait jugée avoir par-

Digitized by Google

couru tous ses degrés, et que, dans le fait, elle ne les avait pas parcourus.

Le tuteur du mineur de Bérulle répond au premier moyen, que la règle *donner et retenir ne vaut*, n'a pas lieu dans les donations faites en faveur de mariage; au second moyen, que les trois degrés de la substitution avaient été remplis dans la personne de Pierre-Amable-Thomas de Bérulle, puisque le premier l'avait été par Pierre de Bérulle I, et le deuxième par Pierre de Bérulle II; que d'ailleurs, quand même Pierre-Amable-Thomas de Bérulle n'eût pas été propriétaire libre, il aurait cependant pu faire valablement la donation du 31 mai 1779, et qu'il était démontré qu'il l'avait voulu.

Il ajoute que les mineurs Mauléon et François de Bérulle sont non-recevables: les mineurs Mauléon, parceque leur mère avait, par son contrat de mariage du 14 mai 1780, déclaré qu'au moyen de la dot qui lui était constituée par Pierre-Amable-Thomas de Bérulle, son père, elle ne pourrait rien prétendre, à quelque titre que ce fût, dans les autres biens de celui-ci, ni pareillement dans ceux qu'il avait assurés à son fils aîné, par son contrat de mariage du 31 mai 1779; et François de Bérulle, parcequ'en le mariant, le 13 prairial an 3, Pierre-Amable-Thomas de Bérulle lui avait garanti l'intégralité de ses droits dans sa succession future, *sauf les avantages précédemment assurés à feu Amable-Pierre-Albert de Bérulle, fils aîné, et à ses enfans mâles, suivant le contrat de mariage du 31 mai 1779; le futur époux déclarant avoir une parfaite connaissance de ce contrat, et en consentir, en tant que de besoin, l'exécution pleine et entière.*

Il est inutile de rappeler ici les développemens que le mineur de Bérulle donnait à sa réponse au premier moyen de ses adversaires, et à sa fin de non-recevoir. Sa réponse au premier moyen était inexpugnable, quant aux biens qui se trouvaient libres dans la personne de Pierre-Amable-Thomas de Bérulle, à l'époque du contrat de mariage de son fils aîné, du 31 mai 1779; et à l'égard de sa fin de non-recevoir, elle tombait d'elle-même, d'après les dispositions de l'art. 11 de la loi du 17 nivôse an 2, même en les restreignant aux successions non encore échues à cette époque, successions auxquelles la loi du 18 pluviôse an 5 les déclarait expressément applicables.

Mais voici comment le mineur de Bérulle cherchait à établir, en réponse au second moyen de ses adversaires, que Pierre-Amable-Thomas de Bérulle était propriétaire libre, à l'époque de la donation du 31 mai 1779:

« C'est un principe constant que, même avant l'ordonnance de 1747, les substitutions étaient limitées à trois degrés..... C'est en vain que les testateurs ou donateurs auraient voulu, par des subtilités, par une fraude de langage, éluder cette loi impérieuse; les tribunaux, tout favorables qu'ils étaient aux Substitutions fidéicommissaires, appliquaient sévèrement les lois prohibitives de leur trop grande extension.

» Jacques de Bérulle, auteur du testament de 1704, ne pouvait donc ordonner que trois degrés de substitution.

» Or, ces trois degrés se sont terminés dans la personne de Pierre-Amable-Thomas de Bérulle, auteur de la donation contestée.

» En effet, Pierre de Bérulle I, frère du testateur, a joui des biens qui font l'objet du testament; il a rempli le premier degré.

» Pierre de Bérulle II a joui des mêmes biens; il a consommé le second degré.

» Pierre-Amable-Thomas de Bérulle a recueilli les biens, toujours en vertu du testament de 1704, après le décès de son père Pierre II; il a donc rempli le troisième degré; il était donc propriétaire libre; il a donc pu disposer.....

» Mais dit-on, Pierre I n'était qu'un usufruitier; Pierre II a donc été le premier appelé à la propriété: ce n'est donc que dans la personne de Pierre II qu'a été rempli le premier degré de la substitution.

» C'est une chose bien étrange que cette distinction des droits de Pierre I et de Pierre II. Que penser de cette distinction, lorsqu'on lit textuellement dans le testament de 1704, que le testateur veut que Pierre I ait l'*usufruit* des biens désignés, et qu'après son décès, *le même usufruit* appartienne à Pierre II, son fils aîné? Ces mots, *le même usufruit*, attestent bien clairement que c'est le même genre de droit, le même genre de jouissance qui appartiendront à l'un et à l'autre.

» Nos adversaires reconnaissent que Pierre II, bien qu'il ne soit appelé par le testateur qu'à un simple usufruit, a cependant joui comme propriétaire grevé; ils reconnaissent qu'à son égard, le mot *usufruit* n'était vraiment qu'une parole, une apparence destinée à déguiser le degré de substitution que devait remplir, sous le nom d'usufruitier, Pierre de Bérulle, second du nom. Comment serait-il donc possible que l'usufruit de Pierre I fût lui-même autre chose? L'usufruit de l'un et l'usufruit de l'autre sont les mêmes.

» Mais pourquoi ces deux usufruits sont-ils réellement, et quelque langage qu'ait employé

Digitized by Google

le testateur, de véritables propriétés grevées? C'est qu'ils sont suivis de ces termes essentiellement indicatifs d'une substitution : *pour en conserver le fonds et la propriété aux enfans aînés mâles qui naîtront*, etc.

» Qu'est-ce qu'un fidéicommis? C'est un droit actuel, conféré à telle personne, sur tels biens, à la charge, soit d'en *conserver*, soit d'en *remettre* la propriété à tel autre. On ne peut ni conserver ni remettre la propriété à quelqu'un, sans l'avoir soi-même. Laisser l'usufruit à quelqu'un, à la charge par lui d'en *remettre* ou d'en *conserver* la propriété à tel ou tel, c'est faire un fidéicommis.

» Les mineurs Mauléon et François de Bérulle avouent que les mots, *pour conserver la propriété*, indiquent essentiellement un propriétaire grevé de substitution; mais ils ne veulent appliquer ces mots qu'au second usufruit; ils prétendent que ces mots ne régissent que le deuxième membre de la phrase.

» Mais, encore une fois, le second usufruit est *le même* que le premier. Si donc le second usufruitier est grevé de la charge de remettre, il faut bien que le premier le soit également.

» Supposons que Pierre II eût prédécédé son père et laissé des enfans mâles : que serait alors devenu l'usufruit de Pierre I? Pierre I n'eût-il pas été, comme l'eût été son fils, s'il eût survécu, chargé de *conserver le fonds et la propriété* à ceux qui y avaient été appelés par le testateur? On ne saurait le nier, Pierre II ne devait avoir de droits qu'après le décès de son père. Si donc son père lui survivait, c'était son père qui devenait chargé de *conserver la propriété* aux substitués; son père était donc le vrai fidéicommissaire.

» Si l'on eût pu éluder, par le mot *usufruit*, la prohibition de substituer au delà de trois degrés, les donateurs et les testateurs se seraient peu embarrassés de l'existence des lois qui restreignaient à trois degrés l'étendue et l'efficacité des substitutions. En effet, ils auraient indiqué un premier usufruit, puis un second, puis un troisième; et ils auraient terminé leurs usufruits, ainsi graduels et successifs par la formule, *pour en conserver la propriété* à telle génération, aux enfans ou petits-enfans qui naîtraient de tel individu. Ainsi, une, deux, trois générations se seraient écoulées, jouissant sous le titre d'usufruit; seraient venues ensuite trois autres générations qui auraient joui, comme grevées de fidéicommis; et par là, on aurait pu étendre facilement à six, sept et huit degrés, le nombre des jouissances successives, en vertu d'une seule disposition.

» Il faut donc reconnaître que, dans une substitution, l'usufruitier à côté duquel il n'existe pas un nu-propriétaire, n'est lui-même qu'un propriétaire véritable, grevé de fidéicommis; et que par conséquent, le premier degré de la substitution se remplit dans sa personne.

» C'est, en effet, ce que décide expressément la loi du 9 fructidor an 2. Voici comme elle s'exprime : (sur la vingtième question tendante) *à ce que la loi détermine la date et les effets d'une substitution directe, faite au profit de* L'AÎNÉ ENFANT *que laissera un citoyen désigné, avec disposition d'*USUFRUIT *au profit de celui-ci;* (la Convention nationale considérant) QU'AU NOM PRÈS, *une telle disposition ne présente* QU'UNE SUBSTITUTION *dont l'usufruitier se trouverait grevé envers l'aîné de ses enfans,* ET DOIT SUIVRE LES MÊMES RÈGLES...; *décrète qu'il n'y a pas lieu à délibérer.*

» Donc l'usufruit légué à Pierre de Bérulle, premier du nom, a formé dans sa personne une véritable propriété grevée.

» Donc Pierre de Bérulle I a rempli le premier degré de la substitution fondée par le testament de 1704.

» Donc Pierre de Bérulle II a rempli le second degré.

» Donc Pierre-Amable-Thomas de Bérulle était propriétaire libre, lorsqu'il a fait la donation du 31 mai 1779 ».

Après ces développemens, le mineur de Bérulle allait plus loin : il supposait Pierre-Amable-Thomas de Bérulle encore grevé du fidéicommis à l'époque de la donation dont il s'agissait; et dans cette supposition, il soutenait que la donation devait encore avoir son plein effet.

« C'est un principe incontestable (disait-il) qu'un grevé de substitution est propriétaire; qu'il peut, en conséquence, vendre, donner, hypothéquer les biens soumis à la substitution, sauf les droits des appelés; et que, si la substitution devient caduque avant son ouverture, tout ce qu'il a fait est valable.

» Pierre-Amable-Thomas de Bérulle a donc pu donner, même en le supposant encore grevé de substitution, le 31 mai 1779; et, comme la substitution, dans cette hypothèse, est devenue caduque en sa personne, par la force de la loi du 14 novembre 1792, il est clair que sa donation ne peut être attaquée par personne.

» Elle est cependant attaquée par les mineurs Mauléon et par François de Bérulle. Ils ne disconviennent pas que leur père aurait *pu donner* purement et simplement à leur frère aîné; mais ils prétendent qu'il n'a *voulu lui donner* que dans un seul cas, dans celui où

Digitized by Google

tous les degrés de la substitution se seraient trouvés remplis le 31 mai 1779; et que ce cas n'étant point arrivé, la donation est devenue caduque.

» C'est surtout dans l'interprétation des contrats de mariage, qu'il faut bannir toute subtilité, toute équivoque. Le premier devoir des jurisconsultes et des tribunaux est de consulter le sens véritable, l'intention vraie et sincère, la volonté pure de celui qui a disposé; de suivre cette intention, cette volonté, et de ne pas négliger la réalité pour saisir de vaines apparences.

» Or, que voit-on dans le contrat de mariage du 31 mai 1797? On y voit un père qui veut que son fils aîné recueille les biens désignés par cet acte; qui le veut absolument et dans tous les cas; qui le veut, soit qu'il y ait, soit qu'il n'y ait pas substitution.

» Ce père place son fils sous le double avantage de deux titres, dont l'un doit être le supplément de l'autre. Si la substitution est terminée, la donation existe, et le fils recueillera en qualité de donataire. Si la substitution existe encore, la donation, à la vérité, sera nulle; mais alors le fils recueillera comme substitué.

» Supposer que le père a entendu qu'il serait possible que son fils ne recueillît point du tout; supposer que ce n'est pas blesser ses intentions évidentes, que de dire au donataire : *vous ne recueillerez pas comme substitué, car les substitutions sont abolies; vous ne recueillerez pas non plus en vertu de la donation, car la donation n'est pas le supplément nécessaire de la substitution;* c'est renverser, c'est détruire dans sa base le contrat de mariage du 31 mai 1779. Deux familles se sont alliées, des enfans sont nés sous la foi d'un droit certain dans tous les cas, sous la foi d'un double titre dont l'un devait avoir tout son effet, en cas d'inefficacité ou de nullité de l'autre. Si les donataires ne recueillent pas en vertu de la donation, ils recueilleront en vertu de la substitution; s'ils ne recueillent pas en vertu de la substitution, ils recueilleront en vertu de la donation; c'est là l'alternative voulue par Pierre-Amable-Thomas de Bérulle père, acceptée par les époux, acceptée par leurs familles respectives, et sans laquelle le mariage n'aurait pas été contracté.

» Vainement dirait-on que le donateur n'a voulu donner que dans le cas où il ne remplirait pas le troisième degré de la substitution; qu'il n'a pas prévu l'inefficacité de la substitution par d'autres moyens que celui-là; et que par conséquent, hors ce cas, sa volonté de donner cesse absolument; qu'il a même exprimé son intention que la donation fût nulle, s'il était décidé qu'au moment où il la faisait, la substitution durait encore.

» Sans doute, le donateur ne prévoyait pas l'abolition future des substitutions; sans doute, il ne prévoyait pas la loi de 1792; mais il prévoyait le cas où la substitution *serait terminée en sa personne :* cette crainte de la terminaison du fidéicommis, ce danger que le fidéicommis n'attribuât pas à son fils aîné la propriété des biens venus du testateur Jacques de Bérulle, voilà quels ont été les motifs de la donation. Qu'importe donc que la substitution se soit terminée en sa personne par l'épuisement des trois degrés, ou par l'effet de l'abolition qu'en a prononcée une loi générale? Dans l'un comme dans l'autre cas, son fils ne recueillera pas en vertu de la substitution; mais c'est précisément pour tenir lieu de la substitution, que la donation contractuelle a été faite.

» C'est ainsi que l'a entendu François de Bérulle lui-même, l'un de nos adversaires, puisque, le 13 prairial an 3, c'est-à-dire, longtemps après l'abolition des Substitutions fidéicommissaires, et à une époque où il savait bien que son frère aîné ne pouvait pas recueillir comme substitué, il a consenti l'exécution pleine et entière de la donation du 31 mai 1779, dont il a déclaré avoir une parfaite connaissance.

» L'auteur de la donation, Pierre-Amable-Thomas de Bérulle, a parfaitement manifesté, par une procuration du 30 messidor an 4, dix mois avant sa mort, la manière dont il entendait le contrat de mariage du 31 mai 1779. Il y a déclaré formellement que les biens compris dans la donation faite par ce contrat, *appartenaient exclusivement* à son fils aîné, *seul donataire d'iceux* ».

Tels étaient les moyens du mineur de Bérulle. Ceux de François de Bérulle et des mineurs Mauléon se retrouveront en substance dans les conclusions qu'a données, sur cette affaire, M. Mouricault, alors commissaire du gouvernement près le tribunal civil du département de la Seine, depuis, membre du tribunat, et aujourd'hui maître des comptes. Voici comment il s'est expliqué :

« Pour être censé institué dans une substitution, il faut avoir quelque chose à rendre; la loi romaine est précise et claire : *rogo ut reddas, jubeo ut reddas.* Ordre ou prière, rien de plus indifférent; mais ce qui ne l'est pas, c'est qu'il y ait charge de rendre : sans cela, point d'institution.

» Pierre I, frère du testateur, est-il chargé

Digitized by Google

de rendre? Non; car, que lui a laissé le testateur? Un simple usufruit. Pierre II, à qui *le même usufruit* a été légué, serait-il dans le même cas? Non, car le testateur a ajouté ces mots : *pour en conserver le fonds et propriété du profit des ainés mâles*.....

» C'est donc Pierre II, et Pierre II seul, qui a été chargé de conserver et de rendre; lui seul est donc institué. S'il est institué, Pierre-Amable-Thomas *de cujus* n'était que le premier substitué; et par une conséquence nécessaire, la substitution n'était pas épuisée dans la personne de celui-ci (lors du contrat de mariage du 31 mai 1779).

» On oppose que Pierre I n'était pas moins chargé de conserver et de rendre que Pierre II. Les principes élémentaires de la construction grammaticale repoussent cette prétention. *Pour conserver et rendre* ne s'applique qu'à la deuxième partie de la phrase; et dans cette seconde partie, il n'est question que de Pierre II.

» On ajoute que, si Pierre II était mort avant Pierre I, c'est celui-ci qui aurait rendu : pure pétition de principe. En aucun cas, Pierre I n'avait à rendre; sa jouissance était un simple usufruit, sans charge de conserver; lui mort, tout s'éteignait avec lui. Peu importait qu'il survécût ou non à Pierre II, son fils; quand il lui aurait survécu, Pierre II, en mourant, n'en aurait pas moins transmis au premier substitué, la nue-propriété qu'il avait conservée comme institué. La privation où il aurait été durant sa vie, de l'usufruit dont il ne pouvait jouir qu'après Pierre I, n'aurait pas empêché qu'il n'eût rempli le degré de l'institution; ce qu'il avait été chargé de conserver et de rendre, aurait passé dans le même état à celui que l'ordre de la substitution appelait immédiatement à recueillir : ce dernier l'eût reçu aux mêmes charges et conditions; et l'usufruit n'aurait été réuni à la propriété, qu'après le décès de Pierre I, dont l'existence plus ou moins longue ne pouvait influer en rien sur le cours de la substitution.

» On oppose la loi 12, D. *de usufructu earum rerum quæ usu consumuntur.*

» Mais l'espèce de cette loi n'a nulle ressemblance avec celle dont il s'agit ici. Suivant la loi, la somme était léguée à Titius; mais il ne devait en avoir que l'usage. Que conclure de là? C'est qu'il devait conserver la somme, sans pouvoir en disposer, et pour qu'elle retournât après sa mort à Mévius; il était donc chargé de rendre.

» Dans notre espèce, au contraire, le testateur n'a point dit : je lègue mes biens à Pierre I, pour qu'ils retournent après sa mort à Pierre II, ou à tel et tel; il a dit seulement : je lui lègue l'usufruit; et quand il vient à parler de Pierre II, il ne se contente pas de cette expression, il ajoute : *pour en conserver le fonds et la propriété.*

» La loi 15, D. *de auro et argento legato*, que le mineur de Bérulle invoque, serait, avec bien plus d'avantage, invoquée par ses adversaires : *A te, Seïa, peto ut quidquid speciatim tibi in auro et argento legavi, id cùm morieris reddas; quarum rerum ususfructus, dum vivas, tibi sufficiet.*

» Ce n'est point là ce que Jacques de Bérulle a dit à Pierre I; mais c'est précisément ce qu'il a dit à Pierre II. Je demande, mon neveu, que vous vous contentiez de l'usufruit de mes biens, et que vous en conserviez le fonds pour le rendre, après votre mort, au premier enfant mâle qui naîtra de vous.

» Peregrinus, Alciat, Mantica et Cambolas, dont le mineur de Bérulle a imploré les suffrages, supposent toujours, dans les espèces qu'ils citent à l'appui de leur opinion, que le légataire de l'usufruit est chargé de rendre; c'est de cette supposition qu'ils partent, pour en conclure que la propriété est censée léguée à l'usufruitier. Toutes ces autorités, tous ces exemples sont applicables à Pierre II, et nullement à Pierre I. L'arrêt du ci-devant parlement de Paris du 16 juin 1699, et celui du ci-devant parlement de Toulouse du 4 décembre 1695, ont été rendus dans ce sens là, et conformément aux vœux non équivoques des lois romaines que je viens de citer.

» Tout concourt donc, jusqu'aux argumens du mineur de Bérulle, à prouver que Pierre II est l'institué, et que Pierre-Amable-Thomas *de cujus* était grevé de substitution, comme substitué immédiat....

» La décision du corps législatif sur la vingtième question de la loi du 9 fructidor an 2, loin de contrarier, ne fait que confirmer, à tous égards, ce que nous avons établi. Les deux espèces sont faciles à rapprocher et à comparer. Dans la nôtre, il y a une personne chargée exclusivement de conserver; c'est Pierre II : nul doute, alors, que c'est à lui que la substitution a commencé. Dans l'espèce que le corps législatif a eue en vue, l'usufruitier n'est pas moins chargé de conserver, quoique implicitement; car la question porte ces mots : *à ce que la loi détermine la date et les effets d'une institution directe faite au profit de l'aîné mâle des enfans que laissera un citoyen désigné dans une disposition d'usufruit, au profit de celui-ci.* La loi répond qu'*au nom près, une telle disposition ne présente qu'une substitution dont*

Digitized by Google

l'usufruitier est grevé envers l'aîné des enfans, et doit suivre les mêmes règles.

» Et en effet, il faut, dans toute substitution, qu'il y ait une personne chargée de conserver et de rendre; or, dans l'espèce de la loi, l'usufruitier seul pouvait être dans ce cas, puisqu'on n'avait chargé aucun autre. Et si, dans notre espèce, Jacques de Bérulle n'eût pas dit quelle personne il chargeait de conserver et de rendre, il est certain que Pierre I se serait trouvé dans le cas du citoyen désigné dans la question portée dans la loi du 9 fructidor an 2. Mais Jacques de Bérulle s'est expliqué de la manière la plus claire; il a dit que c'était Pierre II qu'il chargeait de ce soin; dès-lors, plus de difficulté.

» D'un autre côté, ni la loi ni les principes, rien en un mot, ne s'opposait à ce que Pierre II remplît son degré avec la nue-propriété qu'il conservait, tandis que Pierre I jouissait du simple usufruit : c'est ce qui est arrivé. Pierre II mort, le degré de l'institution a fini; Pierre-Amable-Thomas *de cujus*, son fils, a donc rempli le premier des deux degrés autorisés par les ordonnances de Moulins et d'Orléans....

» De cette série de raisonnemens, il me paraît évidemment résulter que la donation du 31 mai 1779 doit être considérée comme non avenue, par rapport aux biens alors grevés de substitution..... La condition résolutoire qu'y a apposée le donateur lui-même étant arrivée, la donation disparaît.

» Que dis-je? Ce n'est pas même, à proprement parler, une condition. En 1779, à l'époque où la donation a été faite, son sort était déjà invariablement fixé par les principes; seulement la connaissance en était suspendue jusqu'au moment où une décision judiciaire le rendrait notoire. Et en effet, si vous décidez que la donation doit avoir lieu, ce ne sera pas à compter de votre jugement qu'elle sera valable, mais à compter de sa date. De même, si vous déclarez qu'elle ne peut pas avoir lieu, elle devra être considérée comme n'ayant jamais eu d'existence; car il est de principe que les conditions qui se réfèrent au passé ou au présent, ne sont pas suspensives (1).

» En vain le mineur de Bérulle se retranche-t-il dans le principe, que le grevé de substitution est propriétaire, qu'il peut aliéner sauf les droits du substitué, et que l'aliénation qu'il a faite devient irrévocable, si, à sa mort, la substitution est devenue caduque.

» Le principe n'a pas été contesté par les héritiers, et ne peut être, en effet, la matière d'un doute; mais ce qui n'est pas moins évident, c'est qu'il faut prendre l'acte du 31 mai 1779, tel qu'il est : il n'est pas plus permis d'y ajouter un seul mot, que d'en retrancher quelque chose. Il n'y a lieu d'interpréter les clauses, que quand elles présentent quelque obscurité. Ici, Pierre-Amable-Thomas s'explique d'une manière si lucide, que tout commentaire sur ce qu'il a dit, au lieu de l'éclaircir davantage, ne ferait que lui donner une obscurité qu'il n'a pas.

» L'argument du mineur de Bérulle serait bon, si son aïeul eût dit qu'il entendait donner, au cas que la substitution n'eût pas d'effet après lui, quelle qu'en fût la cause; mais il n'a prévu qu'un seul cas; et ce cas, il l'a déterminé à l'épuisement de la substitution dans sa personne, il n'en a point prévu d'autre. Il est impossible de suppléer à cette omission, d'ajouter à un cas prévu, un cas non prévu; autrement, ce serait plus faire que n'a fait le donateur lui-même, qui est législateur en cette partie, et qui a tracé le cercle dans lequel la question doit se renfermer ».

D'après ces raisons, M. Mouricault a conclu à ce qu'il fût dit que la substitution de 1704 n'était pas épuisée à l'époque de la donation du 31 mai 1779, et à ce qu'en conséquence cette donation fût déclarée comme non avenue.

Après un délibéré, jugement du 28 ventôse an 7, par lequel,

« Faisant droit sur les demandes respectives des parties,

» Attendu que le caractère de la substitution consiste essentiellement dans la charge imposée au légataire, de conserver et de rendre la propriété;

» Attendu que cette condition n'a pas été imposée à Pierre Bérulle, premier du nom, mais seulement à son fils aîné; d'où il résulte que Pierre Bérulle, premier du nom, n'était qu'un simple usufruitier;

» Attendu que, si l'usufruitier, dénommé tel dans un testament, peut être réellement un grevé de substitution; s'il est vrai de dire, d'après les principes et d'après la loi du 9 fructidor an 2, qu'il ne faut pas juger des actes d'après les expressions qui s'y rencontrent, mais d'après l'essence même de leurs dispositions; s'il est vrai de dire qu'un testateur, en employant le mot d'*usufruit*, aurait pu multiplier les degrés de substitution, et éluder l'ordonnance de 1747; il est vrai de dire aussi que tous ces principes sont sans application à la

(1) Domat, liv. 3, tit. 1, sect. 8.

Digitized by Google

cause, 1° parceque Pierre I vivait en même temps que Pierre II; parceque le testateur avait marqué l'usufruit et la substitution; 2° parceque, pendant la durée de l'usufruit, le premier degré de substitution s'écoulait en la personne de Pierre de Bérulle, second du nom; d'où il suit que Pierre de Bérulle, second du nom, a rempli le premier degré; d'où il suit encore que la substitution n'était pas éteinte, lorsque Pierre-Amable-Thomas de Bérulle a fait la donation dont il s'agit;

» Mais, considérant, d'un autre côté, que si la substitution n'était pas éteinte, lorsque Pierre-Amable-Thomas de Bérulle a fait cette donation, il n'en est pas moins devenu propriétaire des biens donnés, par l'effet de la loi du 14 novembre 1792, qui a aboli les substitutions;

» Considérant que la volonté absolue, la volonté impérieuse et clairement énoncée du donateur a été de transmettre les biens dont il s'agit, et d'en investir son fils par tous les moyens possibles, c'est-à-dire, soit à titre de substitution, soit à titre de donation;

» Considérant que, si le donateur n'a vu le terme de la substitution, que dans l'épuisement des degrés, c'est que tout autre cas était hors de la prévoyance humaine;

» Considérant que l'essence des actes est dans la volonté des personnes qui disposent, et que la volonté de Pierre-Amable-Thomas de Bérulle est tout entière dans cette disposition: *Si mon fils ne peut recueillir en vertu de la substitution, qu'il recueille en vertu de la donation;* d'où il suit que le fils n'ayant pu recueillir en vertu de la substitution, à cause de la loi du 14 novembre 1792, il doit nécessairement recueillir en vertu de la donation;

» Considérant que toute objection raisonnable doit être fondée sur le principe certain que le donateur n'a voulu donner que dans un cas particulier; mais que personne ne peut mieux expliquer sa volonté que le donateur lui-même;

» Considérant que, par l'acte du 30 messidor an 4, postérieurement à l'abolition des substitutions, Pierre-Amable-Thomas de Bérulle a manifesté clairement la volonté générale et indéterminée qu'il avait eue en 1779, de donner, et de comprendre virtuellement dans sa disposition, le cas dont il s'agit....;

» Le tribunal déclare la donation valable..».

Les mineurs Mauléon et François de Bérulle ont interjeté appel de ce jugement; et le 24 messidor de la même année, le tribunal civil du département de Seine et Oise, statuant sur cet appel, conformément aux conclusions de M. Brillat de Savarin, alors commissaire du gouvernement près ce tribunal, et mort conseiller à la cour de cassation,

« Adoptant les motifs du jugement dont est appel, par lesquels il a été établi que la substitution faite par le testament de Jacques de Bérulle, du 27 juin 1704, n'était pas éteinte lorsque Pierre-Amable-Thomas de Bérulle a fait la donation portée au contrat de mariage d'Amable-Pierre-Albert de Bérulle, du 31 mai 1779;

» Mais attendu qu'une clause expresse de cette donation porte que, s'il est jugé que les degrés de la substitution faite par le testament de Jacques de Bérulle, ne sont pas épuisés dans la personne de de Bérulle père, ladite donation, en tant qu'elle comprenait les biens grevés de ladite substitution, n'aurait pas lieu; et qu'au contraire, la donation dont il s'agit, a été déclarée, par le jugement dont est appel, avoir conservé son effet, sans distinguer les biens substitués des biens libres;

» Dit qu'il a été mal jugé par ledit jugement....; émendant et faisant droit sur la demande forme par les héritiers de Bérulle, à fin de nullité de la donation dont il s'agit, pour tous les biens qu'elle renferme;

» En ce qui touche la partie de la donation qui avait pour objet ceux desdits biens encore substitués,

» Attendu qu'elle n'a été faite et consentie par le donateur, que dans le seul cas où il serait décidé que la substitution d'iceux se trouverait terminée dans sa personne, à l'époque de la donation;

» Attendu que les lois nouvelles, en abolissant les substitutions pour l'avenir, et rendant la liberté de disposer aux propriétaires alors grevés, n'ont pu donner effet et valeur à une donation faite dans un temps où les substitutions étaient en vigueur, seulement sous la condition que les biens seraient décidés être non grevés; qu'aucune donation légale postérieure n'a été faite par Pierre-Amable-Thomas de Bérulle, et qu'on ne peut attribuer ce caractère aux consentemens qu'il est présumé avoir donnés à son exécution; qu'au contraire, l'effet de la loi relative aux substitutions, du 14 novembre 1792, a été de remettre librement en ses mains les biens substitués, et dont il n'avait pas voulu que la donation qu'il en avait faite, eût lieu; qu'ainsi, lesdits biens faisaient partie de sa succession au jour de son décès;

» Déclare, comme non faite ni avenue, la donation de la terre de Bérulle et de celle de Cérilly, que ledit Pierre-Amable-Thomas de Bérulle avait recueillies à titre de substitu-

Digitized by Google

tion, et qui en étaient encore grevées en sa personne, au mois de mai 1779;

» Ordonne que ces biens feront partie de la masse active de sa succession, pour être partagés, comme le surplus des biens qui en dépendent, entre ses héritiers.... ».

Le mineur de Bérulle s'est pourvu en cassation contre ce jugement; mais sa requête a été rejetée par arrêt du 4 nivôse an 8, rendu au rapport de M. Chasle, et sur les conclusions de M. Lecoutour,

« Attendu que, d'après les termes du testament de Jacques de Bérulle, du 27 juin 1704, par lequel le testateur a déclaré faire une substitution au profit du fils aîné de Pierre de Bérulle, second du nom, fils aîné de Pierre de Bérulle, premier du nom, et de ses enfans mâles, les juges du tribunal de Seine et Oise ont pensé que l'intention du testateur avait été d'instituer pour héritier de la nue-propriété des biens mentionnés au testament, Pierre de Bérulle, second du nom, auquel il n'avait légué qu'un simple usufruit; d'où lesdits juges ont conclu qu'Amable-Pierre-Albert de Bérulle, marié en 1779, père du demandeur, était le second appelé à recueillir la substitution, et que Pierre-Amable-Thomas de Bérulle, aïeul du demandeur, était encore grevé de substitution en 1779; qu'en pensant et décidant ainsi, les juges du tribunal de Seine et Oise n'ont point violé les lois sur les substitutions qui les permettaient jusqu'à deux degrés;

» Attendu que les mêmes juges qui ont considéré que la donation faite par le contrat de mariage du 31 mai 1779, par Pierre-Amable-Thomas de Bérulle, au profit d'Amable-Pierre-Albert de Bérulle et de son fils aîné, demandeur en cassation, ne devait avoir lieu, aux termes de cet acte, que dans le cas où il serait décidé que la substitution faite en 1704, était terminée dans la personne de Pierre-Amable-Thomas, ayant pensé et décidé que ladite substitution n'étant pas terminée dans la personne dudit Pierre-Amable-Thomas, la donation dont il s'agit ne pouvait avoir son effet, n'ont encore violé aucune loi;

» Attendu que les contrats de mariage et autres actes postérieurs au contrat de mariage du 31 mai 1779, n'ont rien ajouté aux clauses de cet acte auquel ils se réfèrent; que les renonciations qu'ils contiennent, supposent la validité de la donation faite en 1779;

» Attendu, enfin, que la loi du 18 pluviôse an 5 ne contient aucune disposition qui soit applicable à l'espèce actuelle, et qu'elle ne maintient que les actes valides d'ailleurs et légitimement faits; qu'enfin, le jugement attaqué ne contient aucune contravention formelle aux lois ».

§. VIII. 1° *La révocation d'une Substitution fidéicommissaire peut-elle s'établir par de simples inductions?*

2° *Celui qui étant à la fois héritier* ab intestat *et héritier fidéicommissaire d'une personne décédée, a plaidé pendant plusieurs années contre un créancier de la succession, sur le fond même de sa créance, est-il, par cela seul, censé avoir recueilli les biens comme héritier* ab intestat, *ou peut-il encore soutenir ne les avoir recueillis que comme substitué, surtout lorsque la créance qu'il a contestée, était de nature à pouvoir, en certains cas, affecter les biens grevés de substitution?*

3° *Avant l'ordonnance de* 1747 (*et même depuis, dans les lieux où elle n'a pas été publiée*), *le grevé qui mourait sans accepter la disposition du substituant, ou sans s'immiscer de fait dans la possession des biens fidéicommissés graduellement, remplissait-il un degré de la substitution? Le remplissait-il notamment, en vertu de la règle*, le mort saisit le vif, *lorsqu'il était héritier* ab intestat *du substituant?*

4° *Avant l'ordonnance de* 1747 (*et même depuis, dans les lieux où elle n'a pas été publiée*), *la femme du grevé avait-elle, sur les biens substitués, un recours subsidiaire pour le recouvrement de sa dot?*

5° *L'avait-elle pour le recouvrement des propres fictifs qui lui étaient échus pendant le mariage?*

Le 9 avril 1699, Jacques-Bernard Liot et Marguerite Levaillant, son épouse, domiciliés à Saint-Omer, font un testament conjonctif, par lequel, 1° ils ordonnent que tous les biens qu'ils laisseront à leur décès, seront partagés également entre tous leurs enfans, et substituent ceux-ci les uns aux autres, jusqu'au troisième degré; 2° ils assignent à leur fils aîné (Antoine-Joseph Liot), pour son droit d'ainesse, ainsi que pour toute portion héréditaire, les domaines de Witternesse et de Maugré, qu'ils se proposent d'acquérir incessamment, à la charge que ces biens seront pareillement grevés de substitution jusqu'au troisième degré, et qu'il n'en pourra jouir qu'après la mort du dernier des co-testateurs qui s'en réservent expressément l'usufruit; 3° ils défendent à tous leurs enfans de vendre, aliéner ou hypothéquer aucune partie

Digitized by Google

de leurs biens, tant que durera le fidéicommis dont ils les grèvent; et cependant ils dérogent à cette prohibition, *seulement pour cause légitime de dot, ou d'entrée en religion, ou pour autre juste cause qui sera certifiée par le procureur du roi.*

Le 30 août 1699, décès de Marguerite Levaillant, testatrice.

Des sept enfans qui existaient à cette époque, deux des puinés meurent peu de temps après. L'aîné, Antoine-Joseph Liot, meurt lui même en 1709, laissant un enfant mineur nommé Philippe-François-Joseph.

La succession de Marguerite Levaillant était encore indivise : il s'agit de la partager entre ses quatre enfans restans et leur neveu Philippe-François Joseph Liot, représentant son père, leur frère aîné. Des contestations s'élèvent, et le 24 février 1712, une transaction les termine.

Par cet acte, auquel intervient Jacques-Bernard Liot, père et aïeul commun des parties, il est réglé 1° que les droits du mineur Liot, *héritier substitué de son père*, tant sur la succession de son aïeule paternelle, que sur celle de ses deux oncles décédés, seront restreint à la moitié des terres de Witternesse et de Maugré; 2° qu'il ne lui reviendra également que l'autre moitié de ces terres dans la succession à échoir de son aïeul Jacques-Bernard Liot; 3° que tous les autres biens dépendans de l'une et de l'autre successions, appartiendront à ses quatre oncles; *le tout néanmoins à la charge des fidéicommis et substitution portés dans ledit testament qui sera exécuté pour tout ce à quoi il n'est pas dérogé par ces présentes;* 4° que Jacques-Bernard Liot, père et aïeul commun, conservera l'usufruit de la totalité des terres de Witternesse et de Maugré.

En 1723, décès de Jacques-Bernard Liot. Son petit-fils, Philippe-François-Joseph Liot, prend possession des deux terres dont il avait joui jusqu'alors.

Le 3 juin 1732, il épouse Marie-Augustine Petitpas, et par le contrat de mariage, « il » est conditionné que les apports respectifs, » ensemble tous dons, legs et hoiries qui » seront faits et advenus aux futurs époux, » tiendront nature de biens fonds à leur côté » et ligne, tant par leur trépas que par la » mort de leurs enfans.... Et qu'en cas de » survie avec ou sans enfans, la future épouse » reprendra tous les biens par elle portés » audit mariage, dons, legs et hoiries qui lui » seront faits et advenus, ou la valeur de ce » qui en serait vendu, chargé, racheté ou » autrement aliéné ».

Pendant ce mariage, la dame Liot recueille la succession mobilière de Pierre-Auguste Petitpas de la Moussery, son oncle.

Le 6 septembre 1738, elle perd son mari, qui lui laisse une fille nommée Marie-Angélique Liot. Elle renonce à la communauté, et meurt elle-même trois mois après.

Sa fille ne lui survit pas long-temps : elle décède le 11 février 1740, à l'âge de quatre ans.

Louis-François-Ignace Liot, son grand-oncle paternel, se met en possession des terres de Witternesse et de Maugré. Il avait pour cela deux qualités : la première, comme aîné des héritiers des propres paternels; la deuxième, comme aîné des appelés par la substitution insérée dans le testament conjonctif de 1699.

En 1741, il est assigné à la requête d'Ignace Deliot-Desroblets, héritier, par sa femme, des propres maternels de la mineure Liot, pour voir déclarer exécutoire contre lui et sur ses biens, le contrat de mariage du 3 juin 1732, et pour être condamné en conséquence au paiement de la valeur des propres fictifs que Marie-Thérèse-Augustine Petitpas avait eu le droit de reprendre sur la succession de son mari, droit qu'elle avait transmis à sa fille Marie-Angélique Liot.

De là un procès, qui, après avoir été successivement porté au bailliage d'Aire, au conseil provincial d'Artois et au parlement de Paris, n'était pas encore terminé à l'époque de l'établissement de l'ordre judiciaire actuel.

Les seules choses qu'il importe de remarquer sur tout ce qui s'était passé dans ce long intervalle, sont : 1° qu'Ignace Deliot-Desroblets avait renoncé à la succession mobilière de Marie-Angélique Liot; que cette succession était demeurée vacante, et qu'il en avait reçu, à compte des propres fictifs dont il réclamait le paiement, une somme de 22,332 livres; 2° que les propres fictifs avaient été jugés s'être réduits, par là, à une somme de 39,488 livres; 3° que, par arrêt du parlement de Paris, du 12 avril 1756, confirmatif d'une sentence du conseil d'Artois, du 31 décembre 1753, il avait été jugé que cette créance n'avait pas été éteinte par confusion dans la personne de la mineure Marie-Angélique Liot, et qu'elle faisait partie de sa succession aux propres maternels.

La cause reportée en cet état à la cour d'appel de Douai, entre les héritiers d'Ignace Deliot-Desroblets et ceux de Louis-François-Ignace Liot, il s'y est agi de savoir

1° Si c'était comme héritier ou comme

Digitized by Google

fidéicommissaire, que celui-ci avait appréhendé, en 1740, les terres de Witternesse et de Maugré;

2° Si, dans le cas où il eût voulu les appréhender comme fidéicommissaire, il en eût eu le droit, question qui en renfermait deux : l'une, si la substitution créée par le testament de 1699, n'avait pas été anéantie par la transaction de 1712; l'autre, si cette substitution n'avait pas parcouru son troisième degré, dans la personne de Marie-Angélique Liot;

3° Si, en admettant que Louis-François-Ignace eût pu appréhender, et eût appréhendé, en effet, comme fidéicommissaire, la totalité des terres de Witternesse et de Maugré, ses héritiers n'en devaient pas moins, d'après les lois qui, disait-on, accordent à la femme, pour le recouvrement de sa dot, un recours subsidiaire sur les biens fidéicommissés dans la personne de son mari, restituer aux héritiers de Marie-Augustine Petitpas, ce qui leur était dû à raison de ses propres fictifs, déduction faite des meubles et effets mobiliers délaissés par son mari.

Par un premier arrêt du 12 messidor an 10, la cour d'appel de Douai a rejeté l'exception de chose jugée, que les héritiers de Deliot-Desroblets prétendaient tirer de la sentence du conseil d'Artois du 31 décembre 1753, pour établir que c'était comme héritier et non comme fidéicommissaire, que Louis-François-Ignace Liot avait recueilli, en 1740, les terres de Witternesse et de Maugré; et elle a ordonné aux parties de plaider au fond.

Le 8 fructidor suivant, second arrêt, qui juge

1° Que Louis-François-Ignace Liot n'a pris, à aucune époque, la qualité d'héritier de Marie-Augustine Liot, sa petite-nièce;

2°. Que c'est en vertu de la substitution qu'il a appréhendé les deux terres, et qu'il en a eu le droit;

3° Que les biens substitués n'étaient passibles de recours, de la part de la femme du grevé, qu'à raison de la dot qu'elle avait apportée en mariage; que, dans l'espèce, les propres fictifs dont les représentans de Marie-Augustine Petitpas réclamaient le recouvrement, ne consistaient pas dans ses apports, mais uniquement dans les effets mobiliers qui lui étaient échus pendant sa communauté avec Philippe-François-Joseph Liot, son mari; qu'en tout cas, il n'était pas justifié que tous les biens libres de Philippe-François-Joseph Liot eussent été discutés et entièrement épuisés; qu'ainsi, les représentans de Marie-Augustine Petitpas n'avaient, pour la répétition de ses propres fictifs, aucune action sur les biens que son mari avait possédés à charge de substitution.

En conséquence, les héritiers de Deliot-Desroblets sont déboutés de leurs demandes.

Ceux-ci se pourvoient en cassation contre les deux arrêts, et proposent six moyens : deux de forme et quatre tirés du fond de la cause.

« Pour écarter le premier moyen de forme (ai-je dit à l'audience de la cour de cassation, section des requêtes, le 16 fructidor an 12) il suffit d'observer que l'ordonnance de 1667 ne fait pas loi à Douai....

» Le second n'est pas mieux fondé.

» Il est certain que la sentence du conseil d'Artois, du 31 décembre 1755, ne prononce rien sur le point de savoir si c'est comme héritier ou comme fidéicommissaire, que Louis-François-Ignace Liot a recueilli les terres de Witternesse et de Maugré....

» Il est certain que, dans aucun acte de la procédure antérieure à cette sentence, Louis-François-Ignace Liot n'avait pris la qualité d'héritier de sa petite-nièce Marie-Angélique Liot.

» Il est certain qu'il avait, au contraire, avant cette sentence, annoncé que, quand il en serait temps, il saurait bien prouver qu'il ne possédait les terres de Witternesse et de Maugré qu'en vertu d'une substitution; et qu'à ce titre, il n'était passible d'aucune des dettes de la succession de sa petite-nièce.

» Il est certain que, depuis cette sentence, Louis-François-Ignace Liot, loin de se reconnaître héritier, a constamment soutenu n'être que fidéicommissaire.

» Il est certain, en un mot, que tous les jugemens rendus avant que l'affaire fût dévolue à la cour d'appel de Douai, l'ont été sur des incidens étrangers à la qualité d'héritier.

» Eh! Comment, d'après cela, se flatte-t-on de vous faire décider que la cour d'appel de Douai a contrevenu à l'autorité de la chose jugée? Qu'allègue-t-on pour établir cette contravention prétendue? Rien autre chose que de simples inductions, et encore n'ont-elles aucune ombre de fondement. Car de ce que Louis-François-Ignace Liot, au lieu de se retrancher purement et simplement dans sa qualité de fidéicommissaire, a contesté longtemps, et sur l'existence et sur l'étendue de l'action en reprise des propres fictifs de la mère de sa petite-nièce, que peut-on conclure en bonne logique? Qu'il s'est reconnu héritier de sa petite-nièce même? Point du tout. On peut seulement en conclure qu'il a craint qu'on ne le prétendît, en sa qualité de fidéicommissaire, soumis subsidiairement à cette

Digitized by Google

action ; qu'il a prévu qu'on pourrait exercer sur les biens substitués dont il était possesseur, le recours subsidiaire auquel ces biens étaient assujétis pour cause de dot ; et qu'il n'était pas bien sûr du succès des raisons qu'il pourrait employer pour écarter ce recours subsidiaire. C'est donc ici le cas de la maxime consacrée par la loi 43, D. *de regulis juris*, qu'en se défendant par un moyen, on ne se prive pas du droit d'en opposer un autre, à moins qu'une loi expresse n'y mette obstacle : *Nemo ex his qui negant se debere, prohibetur etiam aliâ defensione uti, nisi lex impedit.*

» Au fond, les quatre moyens des demandeurs se réduisent à ces trois propositions.

» 1° Par la transaction du 24 février 1712, les terres de Witternesse et de Maugré avaient été déchargées, pour moitié, de la substitution dont elles avaient été grevées en totalité par le testament conjonctif du 9 avril 1699 ; et cependant la cour d'appel de Douai a jugé que cette substitution avait continué, après la transaction du 24 février 1712, d'affecter la totalité des deux terres ; la cour d'appel de Douai a donc créé une substitution qui n'existait pas ; elle a donc violé la transaction du 24 février 1712.

» 2° Aux termes de l'art. 15 de l'édit perpétuel des archiducs Albert et Isabelle, de 1611, la substitution qui, en vertu du testament du 9 avril 1699, avait continué, après la transaction du 24 février 1712, de grever la moitié des deux terres, ne pouvait *avoir effet que trois fois, y comprise l'institution première, et au profit de trois personnes, en ce comptée la première instituée*. Or, elle avait eu trois fois son effet, lorsqu'est décédée la mineure Marie-Angélique Liot : elle l'avait eu en faveur d'Antoine-Joseph Liot, son aïeul, fils aîné des auteurs du testament du 9 avril 1699 ; elle l'avait eu en faveur de Philippe-François-Joseph Liot, son père ; elle l'avait eu en faveur de Marie-Angélique Liot elle-même. Elle était donc épuisée en 1740, au moment où les biens qui en avaient été grevés en 1699, sont parvenus à Louis-François-Ignace Liot. Louis-François-Ignace Liot n'a donc pas pu recueillir ces biens comme substitué. La cour d'appel de Douai a donc, en jugeant le contraire, violé l'art. 15 de l'édit perpétuel de 1611. Elle a fait plus : en le jugeant ainsi, d'après les art. 36 et 37 du tit. 1er de l'ordonnance de 1747, sur le fondement qu'Antoine-Joseph Liot n'avait pas rempli le premier degré de la substitution, elle a violé l'art. 52 du tit. 2 de cette même ordonnance, qui interdit tout effet rétroactif des dispositions contenues dans les art. 36 et 37 du tit. 1er.

3° En supposant que les terres de Witternesse et de Maugré fussent encore frappées de substitution, qu'elles le fussent même encore en totalité, lorsque Louis-François-Ignace Liot les a recueillies en 1740, Louis-Ignace Liot n'en eût pas moins été passible, à défaut d'autres biens, du recours subsidiaire que la novelle 39 accorde à la dot sur les fonds grevés de fidéicommis. La novelle 36 a donc été violée par la cour d'appel de Douai.

» Voilà, Messieurs, les trois propositions des demandeurs ; notre devoir est de les discuter successivement.

» Et d'abord, est-il prouvé bien clairement que la transaction du 24 février 1712 avait dégagé de la substitution créée par le testament conjonctif du 9 avril 1699, la portion des fiefs de Witternesse et de Maugré qui provenait de Jacques-Bernard Liot, l'un des auteurs de ce testament ? Nous disons : *est-il prouvé bien clairement ;* car, si la transaction du 24 février 1712 ne s'explique pas là-dessus d'une manière positive, si elle n'abolit pas textuellement, pour la portion dont il s'agit, la substitution que le testateur Jacques-Bernard-Liot avait voulu lui imposer en 1699, il est évident que la cour d'appel n'a fait, en proscrivant le système du demandeur, qu'user du droit qui lui appartenait essentiellement d'interpréter un acte soumis à son examen ; il est évident que son arrêt ne pourrait pas être cassé, même dans la supposition qu'elle eût donné à cet acte une explication qui prêtât à quelque critique ; il est évident, en un mot, qu'il n'y aurait alors dans son arrêt qu'un mal jugé, c'est-à-dire, un vice qui, lorsqu'il ne concourt pas avec la violation expresse d'une loi, ne peut jamais former une ouverture de cassation.

» Eh bien ! Non seulement la cour d'appel n'a pas dû voir clairement, dans la transaction du 24 février 1712, ce que les demandeurs prétendent y avoir vu eux-mêmes, mais elle a dû y voir clairement tout le contraire. D'une part, en effet, la transaction du 24 février 1712 maintient, en termes exprès, le fidéicommis créé par le testament du 9 avril 1699 ; et c'est en vain que l'on cherche à restreindre ce qu'elle en dit à la succession de la testatrice Marguerite Levaillant : la transaction prouve elle-même que ce qu'elle en dit, est commun à tous les biens des deux co-testateurs, puisqu'elle déclare en toutes lettres que *le testament sera exécuté pour tout ce à quoi il n'est pas dérogé*. D'un autre côté, il n'était pas nécessaire, pour conserver la substitution dans son intégrité, que la transaction du 24 février 1712 en manifestât expressément l'intention. Il est de principe que le changement de volonté ne se présume point de la part

Digitized by Google

d'un testateur, et que ce qu'un testateur a une fois voulu, il est censé l'avoir voulu jusqu'au dernier soupir, à moins qu'il ne l'ait révoqué, soit expressément, soit par un acte incompatible avec sa première disposition. Or, de révocation expresse, il n'y en a point dans la transaction du 24 février 1712; les demandeurs en conviennent. De clause incompatible avec la substitution, il n'y en a pas davantage. La substitution n'est donc révoquée, dans aucune de ses parties, par la transaction du 24 février 1712; la cour d'appel de Douai a donc très-bien jugé à cet égard.

» Mais la substitution n'était-elle pas épuisée en 1740, quant à la portion des terres de Witternesse et de Maugré qui provenait de Marguerite Levaillant? Ou, en d'autres termes, Antoine-Joseph Liot n'en avait-il pas, quant à cette portion, rempli le premier degré avant sa mort arrivée, comme l'on sait, en 1709? Les demandeurs soutiennent l'affirmative; et, pour la justifier, ils emploient deux moyens, l'un de droit, l'autre de fait.

» Dans le droit, disent-ils, Antoine-Joseph Liot, en vertu de la règle, *le mort saisit le vif*, avait été mis de plein droit, par le décès de sa mère, en possession de la nue-propriété de la portion que sa mère lui avait laissée, à charge de fidéicommis, dans les terres de Witternesse et de Maugré. Le fidéicommis avait donc eu son premier effet dans la personne d'Antoine-Joseph Liot; il l'avait eu par la seule puissance de la saisine légale: il l'avait eu, parce-qu'Antoine-Joseph Liot n'avait eu besoin, pour devenir possesseur des biens substitués, ni d'accepter la disposition qui lui déférait ces biens, ni de les appréhender de fait.

» En raisonnant ainsi, messieurs, les demandeurs ne se dissimulent pas qu'ils ont contre eux le texte formel de l'ordonnance de 1747, qui veut, tit. 1er, art. 36 et 37, que le grevé de substitution ne soit censé avoir recueilli l'effet de la disposition faite en sa faveur, que lorsqu'il l'a acceptée, soit expressément par des actes ou par des demandes formées en justice, soit tacitement, en s'immisçant dans la possession des biens substitués; que, s'il meurt sans avoir manifesté son acceptation de l'une ou de l'autre de ces deux manières, il ne fasse pas nombre, et qu'en conséquence les degrés de substitution ne soient comptés qu'après lui. Mais ils prétendent que ces dispositions ne sont rien moins que conformes à l'ancienne législation; qu'elles sont absolument nouvelles, et que, par suite, elles ne sont pas applicables à un grevé de substitution dont le droit avait été ouvert dès 1699, et qui était mort dès 1709.

» Est-il donc vrai que, par les lois antérieures à l'ordonnance de 1747, l'institué faisait nombre pour les degrés de substitution, par cela seul qu'il avait survécu au testateur sans néanmoins avoir accepté son institution, soit en termes exprès, soit tacitement et de fait? Non, messieurs; et, pour ne parler d'abord, entre les lois antérieures à l'ordonnance de 1747, que de l'édit perpétuel de 1611, il est certain que l'art. 15 de cet édit n'avait fait que devancer la disposition des art. 36 et 37 de l'ordonnance de 1747 elle-même, lorsqu'il avait statué que les substitutions n'auraient EFFET *que trois fois et* AU PROFIT *de trois personnes, en ce comptée la première instituée*; car, quoi de plus clair, quoi de plus décisif que ces mots, *effet, au profit?* Ils prouvent évidemment que les archiducs Albert et Isabelle entendaient que l'institué ne fût censé avoir rempli le premier degré du fidéicommis, que dans le cas où il aurait *profité* de l'institution, que dans le cas où l'institution aurait eu un *effet* réel dans sa personne.

» Les ordonnances d'Orléans et de Moulins ne s'expliquaient pas, à beaucoup près, aussi nettement: elles se bornaient à dire que les substitutions ne pourraient, à l'avenir, s'étendre *outre et plus avant deux degrés, après l'institution, icelle non comprise;* et cependant Ricard, dans son *Traité des substitutions*, part. 1, n° 787, n'hésitait pas à leur donner l'interprétation que l'ordonnance de 1747 a sanctionnée depuis. *Dans l'ordre de la succession* ab intestat (ce sont les termes de ce jurisconsulte), *la loi* 4, § *dernier*, D. undè liberi, *décide que, si le fils du premier degré ne vient point à la succession, son degré n'est point du tout considéré; et les biens de la succession passent à ses petits-enfans, comme si leur père n'avait pas été au monde:* Si filius emancipatus non petierit bonorum possessionem, ità integra sunt omnia nepotibus, atque si filius non fuisset. *Ce qui doit aussi avoir lieu dans les substitutions, qui sont une image de la succession* ab intestat; *étant en effet à présumer que l'ordonnance a entendu parler des degrés effectifs, et qu'elle n'a voulu comprendre en sa disposition que les personnes qui recueilleraient actuellement le profit du fidéicommis; et les règles mêmes veulent que des lois qui sont correctives du droit commun, comme sont ces deux ordonnances d'Orléans et de Moulins, soient plutôt restreintes qu'étendues.* Et avec quel avantage Ricard n'aurait-il pas pu ajouter que l'art. 124 de l'ordonnance du mois de janvier 1629 décidait la question, en voulant que *chacun de ceux qui auraient* APPRÉHENDÉ ET RECUEILLI *le*

Digitized by Google

fidéicommis, fissent un degré? Car si, pour faire un degré, il fallait *appréhender et recueillir*, il était bien impossible que l'institué qui n'avait ni appréhendé, ni recueilli, ni même accepté, fût compté au nombre des trois personnes auxquelles la disposition fidéicommissaire devait se restreindre.

» Et qu'importe que, dans notre espèce, l'institué fût héritier *ab intestat*, et qu'en cette qualité, il eût été saisi, de plein droit, par la mort de sa mère, des biens que la loi des successions lui déférait?

» D'abord, même dans les successions *ab intestat*, la règle *le mort saisit le vif*, n'a pas un effet aussi absolu que le prétendent les demandeurs; elle est modifiée par une autre règle qui dit, *n'est héritier qui ne veut;* et le véritable, le seul résultat de ces deux maximes, est que l'héritier présomptif, lorsqu'il accepte la succession, est censé avoir acquis, dès le moment où elle a été ouverte, la possession de tous les objets qui la composent. On ne peut donc pas en inférer qu'il a appréhendé de fait une hérédité sur l'acceptation ou la répudiation de laquelle il ne s'est expliqué en aucune manière.

» Ensuite, c'est évidemment déplacer la règle *le mort saisit le vif*, que d'en faire l'application aux biens dont il a été disposé par testament, même en faveur d'un héritier *ab intestat*. D'après l'art. 74 de la coutume d'Artois, les *testamens n'engendrent saisine ou réalisation sur les biens du testateur*. L'héritier présomptif à qui le testateur a fait un prélegs, n'est donc pas, en vertu du testament, saisi de ce qui lui a été légué; il faut donc qu'il en demande la délivrance à ses co-héritiers. Le prélegs ne peut donc pas être censé avoir eu *effet* en sa faveur, s'il est mort sans en avoir demandé la délivrance.

» Et qu'on ne dise pas que, dans notre espèce, il s'agissait de biens féodaux qui, par la loi des successions *ab intestat*, devaient appartenir à Antoine-Joseph Liot, en sa qualité d'aîné. Cette circonstance est absolument insignifiante. Comme successeur *ab intestat*, Antoine-Joseph Liot n'aurait pas été grevé de fidéicommis : il ne pouvait être grevé de fidéicommis que comme appelé par testament; et puisque, comme appelé par testament, il n'était pas saisi de plein droit, il fallait bien qu'en cette qualité, il se demandât à lui-même, considéré comme héritier *ab intestat*, la délivrance des objets que le testament avait grevés de substitution. Or, cette délivrance, comment pouvait il se la demander ainsi à lui-même? Il ne pouvait se la demander que par une déclaration de sa volonté, par l'acceptation expresse ou implicite du testament qui lui imposait la charge d'un fidéicommis. Or, encore une fois, il est décédé sans avoir accepté expressément, ni par le fait, le testament de son père et de sa mère; il est donc décédé sans avoir été saisi comme institué, comme héritier testamentaire, comme grevé de substitution; la substitution n'a donc eu aucun *effet* dans sa personne; il n'en a donc pas rempli le premier degré.

» Mais, disent les demandeurs, et c'est ici leur second moyen pour établir que le premier degré de la substitution avait été rempli par Antoine-Joseph Liot, il est prouvé par la transaction du 24 février 1712, que ce particulier avait accepté la disposition de son père et de sa mère; car c'est comme son *héritier substitué* que Philippe-François-Joseph Liot, son fils, paraît et stipule dans cet acte; et il est bien évident que le fils n'aurait pas pu être l'*héritier substitué* du père, si le père n'eût pas accepté la disposition grevée de fidéicommis.

» Était-il donc au pouvoir de Philippe-François-Joseph Liot de diminuer, en prenant une fausse qualité, le nombre des degrés qu'avait encore à parcourir la substitution dont il était grevé? Non certainement. Il ne pouvait pas plus la modifier dans ses effets et dans sa durée, qu'il ne pouvait la supprimer entièrement.

» Et inutilement dirait-on que Louis-François-Ignace Liot, son oncle, y a consenti, en lui laissant prendre cette qualité mensongère.

» Sans doute, Louis-François-Ignace Liot aurait pu, par une clause formelle de la transaction, consentir, pour son propre compte, à ce que le fidéicommis qui avait encore deux degrés à décrire, n'en décrivît plus qu'un seul; car, dit Cujas sur la loi 114, §. 2, D. *de legatis* 1°, il n'y a nul doute qu'on ne puisse, par un pacte fait avec le grevé, renoncer à l'expectative d'une substitution non encore ouverte : *Spem fideicommissi posse pactione remitti certum est;* et ce principe a été formellement consacré par l'art. 28 du tit. 1er de l'ordonnance de 1747.

» Mais Louis-François-Ignace Liot ne peut certainement pas être censé avoir renoncé à l'un des deux degrés restans de la substitution, par cela seul qu'il a laissé prendre à son neveu, dans le préambule de la transaction de 1712, la qualité d'*héritier substitué* du père de celui-ci. Une pareille renonciation ne peut jamais s'établir sur des inductions aussi légères : *Il faut*, dit Thévenot d'Essaule, dans son *Traité des Substitutions fidéicommis-*

Digitized by Google

saires, page 389, *qu'elle résulte clairement et indubitablement de ce qui a été fait par l'appelé;* et c'est, comme l'observe le même auteur, ce que décide textuellement la loi 34, §. 2, *de legatis* 2°, au digeste: *Modestinus respondit fideicommissum amissum non esse...;* NISI EVIDENTER APPARUERIT *omittendi fideicommissi causâ hoc eum fecisse.* Et Furgole confirme bien positivement cette doctrine, quand il dit, sur l'art. 28 du tit. 1er de l'ordonnance de 1747, qu'*il faut que la renonciation au fidéicommis se trouve dans le dispositif de l'acte, suivant M. Maynard, liv.* 5, *chap.* 96, *et l'arrêt qu'il rapporte.*

» Or, est-ce dans le dispositif de la transaction de 1712, que se trouve l'énonciation de laquelle les demandeurs prétendent induire que Louis-François-Ignace Liot a renoncé à l'un des degrés restans du fidéicommis dont il y était question? Non, Messieurs, cette énonciation ne se trouve que dans le préambule de la transaction même; et encore comment s'y trouve-t-elle? Quel sens, quel objet y a-t-elle par sa propre teneur? Bien évidemment elle n'y signifie rien. Qu'Antoine-Joseph Liot eût ou n'eût pas accepté le testament contenant substitution, Philippe-François-Joseph Liot, son fils, ne pouvait pas plus, dans un cas que dans l'autre, prendre la qualité d'*héritier substitué* de son père; il ne le pouvait point en cas de non-acceptation, puisqu'alors il venait prendre de son propre chef, il venait recevoir immédiatement des mains de la testatrice décédée, la moitié des terres de Maugré et de Witternesse. Il ne le pouvait pas davantage en cas d'acceptation, puisqu'alors ce n'eût pas été à son père, mais à la testatrice, son aïeule, qu'il eût succédé: *gravanti succeditur, non gravato.*

» Il reste donc que les rédacteurs de la transaction de 1712 ne se sont pas entendus eux-mêmes, quand ils y ont fait figurer Philippe-François-Joseph Liot comme *héritier substitué* de son père; et assurément une énonciation aussi irréfléchie, aussi vicieuse, aussi fausse dans toutes les hypothèses possibles, ne peut pas devenir aujourd'hui une preuve, soit qu'Antoine-Joseph Liot eût accepté la disposition de sa mère, soit que l'on eût acquiescé en 1712 à ce qu'il fût considéré comme l'ayant acceptée.

» Au surplus, de quoi s'agit-il dans cette partie de la cause? D'une pure question de fait. Il importe donc peu que la cour d'appel de Douai l'ait jugée bien ou mal. Si elle l'a bien jugée, qu'a-t-on à dire? Si elle l'a mal jugée, elle n'a du moins violé aucune loi; et ce seul mot tranche toute difficulté.

» Devons-nous maintenant nous arrêter à tout ce que vous disent les demandeurs pour prouver qu'au moins pour les parts des deux oncles prédécédés du mineur Philippe-François-Joseph Liot, la substitution était déjà, en 1712, parvenue, dans la personne de celui-ci, à son deuxième degré. Nous croyons cela parfaitement inutile, et il y en a deux raisons également évidentes: la première, que le fait de l'acceptation prétendue des deux oncles prédécédés en 1712, n'est pas mieux justifié que ne l'est celui de l'acceptation prétendue d'Antoine-Joseph Liot, père du mineur; la seconde, que les deux oncles prédécédés n'étaient pas appelés par le testament aux terres de Witternesse et de Maugré; qu'Antoine-Joseph Liot y était seul appelé, que lui seul devait les recueillir à la charge d'un fidéicommis graduel; et que conséquemment les oncles prédécédés n'auraient pas pu faire part dans ces deux terres, même en acceptant, de la manière la plus expresse, les dernières volontés de leur mère.

» Ainsi, des trois propositions dans lesquelles se résolvent, au fond, les moyens de cassation des demandeurs, en voilà deux de réfutées complètement. Passons à la troisième, et voyons si, comme les demandeurs le soutiennent, Louis-François-Ignace Liot, en recueillant comme substitué, en 1740, les terres de Maugré et de Witternesse, aurait été soumis subsidiairement à la restitution des propres fictifs de la mère de la mineure Marie-Angélique Liot, sa petite-nièce: voyons si, comme les demandeurs le soutiennent, la cour d'appel de Douai a violé les lois, en jugeant que Louis-François-Ignace Liot n'était pas tenu, même subsidiairement, à cette restitution.

» Pour placer à cet égard les demandeurs dans la position la plus favorable qu'ils puissent désirer, nous ferons abstraction des deux principaux motifs qui ont déterminé en cette partie l'arrêt attaqué, c'est-à-dire, et du motif tiré de ce que le recours subsidiaire accordé par les lois romaines pour la *dot*, n'a jamais été étendu jusqu'aux propres fictifs échus à la femme pendant le mariage; et du motif tiré de ce que, dans l'espèce particulière de la cause, il n'est pas prouvé que tous les biens libres du père de la mineure Marie-Angélique Liot eussent été discutés avant l'exercice du recours subsidiairement formé contre le fidéicommissaire. Mais nous demanderons si, même dans la double supposition qu'il s'agissait de la dot proprement dite de Marie-Augustine Petitpas, et qu'il avait été fait par elle ou par les héritiers maternels

Digitized by Google

de sa fille, une entière discussion de tous les biens libres de son mari, l'arrêt attaqué aurait contrevenu à quelque point de législation ?

» Il est d'abord certain que, pour juger si Marie-Augustine Petitpas était en droit de répéter sa prétendue dot sur les biens qui étaient substitués dans la personne de son mari, ce n'est pas à l'ordonnance de 1747 que nous devons nous attacher; que nous ne devons, d'après l'art. 55 du tit. 2 de cette ordonnance elle-même, consulter à cet égard que les lois sous l'empire desquelles la substitution a été faite, lois qui d'ailleurs étaient encore les mêmes, soit en 1738, lorsqu'est mort le mari de la dame Petitpas, soit en 1740, lorsque la substitution s'est ouverte par le décès de sa fille, au profit de Louis-François-Ignace Liot.

» Or, ces lois quelles étaient-elles? Il n'y en avait pas d'autres, sur cette matière, que le droit romain. Et les lois romaines que nous disent elles là-dessus? Disposent-elles comme l'ordonnance de 1747? Accordent-elles à la femme, pour le recouvrement de sa dot, un recours subsidiaire sur les biens que son mari possédait avec la charge d'un fidéicommis?

» Nullement : elles ne veulent que deux choses : la première, que la femme grevée de fidéicommis, puisse se constituer une dot sur les biens qu'elle possède sous cette charge; la seconde, que le mari grevé de fidéicommis, puisse constituer à son épouse une *donation à cause de noces*, c'est-à-dire, un augment ou un douaire sur les biens fidéicommissés dans sa personne.

» Le premier de ces deux points est décidé par la loi 20, §. 4, D. *ad trebellianum*; et ils le sont tous deux par le chap. 1er de la novelle 39. Mais nulle part, il n'est dit que la restitution de la dot reçue par le mari grevé de substitution, pourra se prendre sur les biens substitués, à défaut de biens libres. Dès-là, sur quoi pourrait-on se fonder pour attribuer à l'action en restitution de la dot, un privilége aussi important? Il ne peut exister de privilége qu'en vertu d'une loi spéciale et expresse; partout où les lois spéciales se taisent, c'est le droit commun qui domine; et le vœu du droit commun est que les biens substitués ne puissent être aliénés par le grevé, ni entamés par ses créanciers personnels.

» Aussi voyons-nous les plus judicieux des auteurs qui ont écrit sur le droit romain, dénier à la femme du grevé toute action récursoire pour sa dot, sur les biens frappés de fidéicommis.

» Fachinæus, célèbre professeur de l'université d'Ingolstadt, dans ses *Controversiæ juris*, liv. 4, chap. 47, pose ainsi la question : *utrùm res restitutioni ex fideicommisso subjectæ alienari possint ex causâ restitutionis dotis uxori gravati?*

» Il embrasse la négative, avec Angelus sur la novelle 39, avec Jason, sur l'authentique *res quæ*, avec Alciat, sur la loi 1re, D. *soluto matrimonio*, avec Socin, le jeune, en son conseil 119; et cette opinion, dit-il, me paraît appuyée sur un fondement bien solide : car pourquoi, lorsqu'il s'agit, de la part d'une fille grevée, de se constituer une dot, ou, de la part d'un fils grevé, de constituer un augment à son épouse, le fidéicommis ordonné par le père de l'un ou de l'autre, n'y fait-il pas obstacle? C'est parceque le père qui a établi le fidéicommis, était tenu, aux termes de la loi dernière, C. *de dotis promissione*, de doter sa fille et de constituer un augment à l'épouse de son fils; de là, en effet, il résulte qu'il n'a pas pu fidéicommisser ses biens, au préjudice de l'une ni de l'autre obligations; et qu'en les fidéicommissant, il a dû en réserver une portion suffisante pour fournir, soit à la dot de sa fille, soit à l'augment de sa bru. Mais cette raison cesse, lorsqu'il s'agit de restituer la dot que le fils grevé a reçue en se mariant après la mort de son père; car, suivant la décision expresse de la loi 22, §. 12, D. *soluto matrimonio*, le beau-père ne peut pas être actionné pour la restitution de la dot de sa bru, à moins qu'il ne l'ait reçue lui-même, ou qu'il n'ait autorisé son fils à la recevoir, ou qu'il ne jouisse du pécule de son fils. Et comment une action qui ne peut pas être intentée contre le père, pourrait-elle l'être contre celui au profit duquel le père a fidéicommissé ses biens? L'appelé au fidéicommis n'est ni débiteur, ni héritier du débiteur, de la dot; on ne peut donc pas s'adresser à lui : *Fundamentum verò illud videtur mihi solidum, quia cùm de dote constituendâ agitur filiæ restitutionis onere gravatæ, vel de donatione propter nuptias pro filio qui similiter onere fideicommissi gravatus est, justum est ut restituendi onus non impediat dotis et donationis propter nuptias constitutionem; quia pater qui restitutionem injunxit, dotem dare filiæ suæ, et propter nuptias donationem pro filio suo constituere tenebatur.* L. ult. C. de dotis promissione. *Quamobrem in præjudicium dictæ dotis et donationis restitutionem injungere non poterat, sed excipere debebat tantum ex bonis quantum ad dotem et donationem requirebatur. Hæc ratio locum non habet, cùm de dote*

Digitized by Google

restituendâ agitur, quam filius post mortem patris accepit; quia pater ad restituendam dotem non tenetur, nisi fuerit ei data et soluta, vel filio jussu patris, vel peculium habeat ipsius filii. L. 22, §. 12, D. soluto matrimonio. *Et cùm pater non teneatur, certum est non teneri etiam eum cui res restituendæ sunt; consequenter nihil proponitur cur ex his rebus quæ ad alium spectant jure fideicommissi, dotis restitutio fieri possit, aut eam ob causam ad alium spectantes alienari. Neque enim regulis juris congruum est, ut is qui nec debitor est, nec debitoris heres, onus dotis solvendæ cogatur sustinere.*

» Ainsi, parle le jurisconsulte que nous avons cité; et vous allez voir, Messieurs, qu'il est parfaitement d'accord avec celui des auteurs français qui avait le plus approfondi la matière des substitutions avant l'ordonnance de 1747. *La difficulté est grande* (dit Ricard, *Traité des Substitutions fidéicommissaires*, part. 2, nº 105) *de savoir si la novelle* 39 *s'entend seulement pour la constitution de la dot de la part de la femme, lorsque c'est elle qui est chargée de fidéicommis, ou pour la donation à cause de noces de la part du mari, lorsque le fidéicommis est dû de son chef, et même si les biens chargés de restitution en la personne du mari, sont obligés à la femme, pour la restitution de la dot qu'elle lui a baillée? Je n'ignore pas que l'opinion commune est pour l'affirmative, et que les arrêts des cours souveraines l'ont ainsi présupposé, lorsque les occasions s'en sont présentées, ne voyant pas que la question en ait été particulièrement agitée en jugement. Toutefois, j'estime que l'opinion contraire est plus conforme à l'intention de la loi, et beaucoup mieux fondée en raison. Car, premièrement, quiconque examinera les termes de la novelle* (39), *trouvera que, dans le dispositif, elle ne parle que de la* constitution, *et non pas de la* restitution; *et même le* mot obligationem *qui a été inséré dans l'authentique et qui semble faire quelque chose pour l'autre opinion* (ad dotis sive propter nuptias donationis obligationem) *a été changé, la novelle portant le mot* oblationem, *qui fait pour mon avis. Joint qu'elle ne parle de la dot et de la donation à cause de noces, qu'avec une alternative, et non pas cumulativement, comme elle ferait si la femme pouvait, non seulement prendre la donation à cause de noces sur l'espèce de biens dont nous parlons, mais encore la répétition de sa dot. Et ce que la novelle, dans le préambule, parle de la répétition de la dot, sert pour l'établissement de mon avis, bien loin que ceux de l'opinion contraire en puissent tirer avantage, faisant voir que l'empereur ayant songé à cette répétition, il n'en a néanmoins point parlé dans sa disposition, et dans le lieu où il était question de l'établir; ce qui montre qu'il l'a omise à dessein: et s'il en a parlé dans la préface de sa loi, ce n'a été que pour exciter la commisération, et pour dire que la femme dont il parlait, étant à la veille de perdre sa dot et sa donation à cause de noces, il y avait lieu, par un remède extraordinaire; de lui sauver du moins celle-ci; de sorte que, par cette seule considération, l'on peut dire que cette novelle étant introductive d'un droit nouveau, elle ne doit pas être étendue hors les termes de sa disposition.*

» Tulden, qui était professeur de droit à Louvain et conseiller au grand conseil de Malines, tient absolument la même doctrine dans son commentaire sur le Code, titre *Communia legatorum.*

» D'après le chap. 1er de la novelle 39, dit-il, la fille et le fils grevés de fidéicommis peuvent, l'une se doter, l'autre constituer un augment à son épouse, sur les biens qu'ils possèdent à charge de fidéicommis; et leur pouvoir, à cet égard, ne dérive pas tant de la volonté présumée du testateur, que de l'autorité de la loi elle-même, qui, par cette faveur, cherche à encourager les mariages, et attache à la qualité de père, relativement à la dotation de ses enfans, une obligation qu'il ne peut pas plus méconnaître dans ses dispositions de dernière volonté, que dans ses dispositions entre-vifs; en sorte que non seulement la légitime, mais tout ce qui y manque pour former une dot ou un augment, proportionné à l'état des personnes, se trouve, de plein droit, dégagé des liens du fidéicommis: *Idque non tam ex præsumptâ testatoris voluntate, quàm ex ipsâ auctoritate juris, nuptias tali favore promoventis, constringentisque patrem ad competentem dotationem liberorum non minùs in testamento quàm inter vivos; ità ut non legitima tantùm, sed quod insuper ad justum modum dotis aut donationis propter nuptias pro conditione personarum requiritur, liberatur ab omni onere fideicommissi.*

» De là il suit, continue Tulden, que c'est à tort que quelques-uns ont voulu étendre la disposition de la novelle 39 au cas de la restitution de la dot: *His consequens est quod hæc novella constitutio non rectè à quibusdam extenditur ad casum restituendæ dotis.*

» Car régulièrement le beau-père n'est pas tenu de restituer la dot de sa bru; son héri-

Digitized by Google

tier ne l'est donc pas davantage, ni par suite le bien qu'il a fidéicommissé. *Nam regulariter à socero repeti dos nequit* (l. 22, §. 12, D. soluto matrimonio); *proindè nec heres ejus, aut bona fideicommissa obligantur ad restitutionem dotis.*

» Car, si vous considérez la personne de la bru, le beau-père n'est pas tenu de la doter. Si vous vous arrêtez au fils, les dettes qu'il a contractées ne peuvent pas se prendre sur ceux de ses biens qui sont grevés de fidéicommis : *Etenim sive nurum intuemur, eam dotare non tenetur socer : sive filium inspicimus, ejus æs alienum non deducitur de bonis fideicommissis.*

» Il est vrai (continue toujours Tulden), que la novelle a été faite à l'occasion d'un procès qui s'était élevé sur notre question même; mais elle annonce que ce procès avait été terminé d'une autre manière : *Constitutio quidem ex hâc controversiâ sumpsit originem, sed dicit illi formam fuisse datam utique aliam.*

» Et par là se résoud l'objection tirée de la maxime, *quod eadem sint principia dissolvendæ rei, quæ constituendæ;* car il ne s'agit ici que de la cause finale, que nous avons démontrée n'être pas la même; et en effet, ce n'est pas précisément la faveur de la dot, mais bien l'obligation du père de doter sa fille, qui motive la disposition de la novelle : *Non enim hic de formâ vel causâ efficiente agitur, sed de causâ finali, quam ostendimus non esse eandem. Neque enim simpliciter favor dotis, sed contemplatio officii paterni in dotando expressit constitutionem.*

» Du reste, il importe peu que l'opinion contraire ait été, non pas adoptée, mais, comme le dit Ricard, *présupposée* par plusieurs arrêts des anciennes cours de justice de France. Tout ce que ces arrêts prouvent, c'est que la question n'avait pas été examinée, avant qu'ils prononçassent sur ses corollaires; et certes, il est toujours temps, en pareil cas, de revenir aux véritables principes. On sent assez d'ailleurs que l'arrêt attaqué en ce moment, ne pourrait pas être cassé pour avoir refusé un recours subsidiaire dans un cas où la loi le refusait en effet, quoique les anciennes cours de justice se fussent fait une sorte d'habitude de l'accorder.

» Enfin, ce qui lève toute espèce de difficulté, c'est que le droit romain n'a jamais eu force de loi et n'a jamais valu que comme raison écrite dans la partie du ressort de la cour d'appel de Douai qui formait ci-devant la province d'Artois. Les lettres-patentes de Charles-Quint, du 3 mars 1544, confirmatives de la coutume générale de cette contrée, ne renvoient pas au droit romain, comme le font presque toutes les coutumes de Flandre, la decision des cas sur lesquels elle ne s'est pas expliquée; et Maillart, dans ses notes sur ces lettres-patentes, n° 117, a soin de conclure de cette différence, que, *dans les cas non décidés par la coutume d'Artois, l'on ne doit pas avoir recours aux coutumes de Flandre, préférablement à celles de France, parceque la Flandre se sert du droit romain dans les cas non décidés par les coutumes de son ressort, au lieu que l'Artois est un pays purement coutumier et du ressort ancien de la France.* Ainsi, quand on supposerait, contre toute évidence, que la novelle 39 accordait à la femme du grevé, un recours subsidiaire pour la restitution de sa dot, quand on supposerait que Marie-Augustine Petitpas s'est trouvée, après la mort de son mari, dans une position à pouvoir profiter du bénéfice de cette novelle, il demeurerait toujours constant que cette novelle n'était pas pour la cour d'appel de Douai, une loi dont il lui fût défendu de s'écarter; et dès-là, nul moyen de cassation à tirer de cette novelle pour les demandeurs.

» Dira-t-on que le testament conjonctif du 9 avril 1699 devait, à cet égard, tenir lieu de la novelle, et qu'en permettant aux grevés d'aliéner *pour cause de dot en faveur de mariage*, il faisait de la disposition de la novelle une loi domestique, qui devait au moins lier la cour d'appel de Douai?

» Mais, 1° le testament ne permet aux grevés qu'une chose : il ne leur permet que de se doter eux-mêmes sur les biens fidéicommissés; il ne leur permet pas d'affecter ces mêmes biens à la restitution des dots qu'ils auront reçues de leurs épouses, ou du moins il ne s'explique pas là-dessus d'une manière précise; et c'en est assez pour que nous devions interpréter la permission qu'il accorde, dans le même sens que Fachinæus, Ricard et Tulden interprètent la novelle 39 : c'en est assez par conséquent pour que nous devions restreindre cette permission au cas où les grevés auraient à se doter eux-mêmes aux dépens de la substitution.

» 2° Cette permission, dans le testament du 9 avril 1699, n'est pas pure et simple : les testateurs ne l'accordent qu'à la charge par les grevés de ne pouvoir en user que de l'avis et du consentement des officiers du ministère public du lieu de leur domicile : *Permettons aussi que, pour cause légitime de dot en faveur de mariage ou d'entrée en religion, ou autre cause, qui* SERA CERTIFIÉE PAR

Digitized by Google

LESDITS SIEURS PROCUREURS DU ROI, *ils puissent charger ou aliéner nosdits biens à proportion de ce qu'il conviendra*. Or, le procureur du roi du domicile de Philippe-François-Joseph Liot a-t-il consenti en 1732, à ce que celui-ci hypothéquât les termes de Witternesse et de Maugré, à la restitution de la prétendue dot de Marie-Augustine Petitpas? A-t-il du moins *certifié* que la nécessité de garantir cette prétendue dot, était, pour Philippe-François-Joseph Liot, une *juste cause* de charger ces deux terres? Les demandeurs conviennent que non; et par là même, ils sont aussi forcés de convenir que la condition sous laquelle Philippe-François-Joseph Liot était autorisé à hypothéquer les deux terres, n'a pas été remplie.

» Et vainement les demandeurs prétendent-ils que ces termes du testament, *qui sera certifié par lesdits procureurs du roi*, ne se rapportent qu'à ceux qui les précèdent immédiatement, *ou autre juste cause*. Vainement prétendent-ils que le testament n'assujétissait pas le grevé à faire certifier par le procureur du roi, la *cause légitime de dot en faveur de mariage ou d'entrée en religion*.

» Pour nous convaincre intimement du contraire, nous n'avons besoin que de nous reporter à la clause subséquente, où, après avoir assigné à Antoine-Joseph Liot, leur fils aîné, les terres de Witternesse et de Maugré, les testateurs ajoutent : *à la charge que lesdites deux terres seront substituées et fidéicommissées de la même manière que tous nos autres biens, sans qu'il puisse les vendre, charger et aliéner, si ce n'est ès cas ci-devant exprimés, à l'intervention desdits sieurs procureurs du roi*. Il est bien clair, d'après cela, que l'intervention du procureur du roi était requise dans tous les *cas ci-devant exprimés*, et par conséquent dans le cas où il s'agirait d'aliéner ou charger les biens *pour cause légitime de dot en faveur de mariage ou d'entrée en religion*, comme dans le cas où il s'agirait de les aliéner ou charger *pour autre juste cause*.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête des demandeurs ».

Ces conclusions ont été adoptées par arrêt du 16 fructidor an 12, au rapport de M. Liger de Verdigny,

« Attendu..... 2° que Louis-François Liot cumulait deux qualités, celle de fidéicommissaire, et celle d'héritier aux propres paternels;

» Que la défense par lui proposée dans l'une de ces deux qualités, ne devait point être considérée comme une abnégation des droits inhérens à l'autre qualité;

» Que, pour opérer une fin de non-recevoir, il faudrait une *renonciation expresse*, suivant la loi 43, D. *de regulis juris*;

» Que d'ailleurs, il a été décidé en point de fait par la cour d'appel, que tous les actes de procédures et jugemens sont intervenus sur des incidens étrangers à la qualité d'héritier;

» 3° Qu'il a été décidé, en point de fait, par la cour d'appel, que la transaction du 24 février 1712 ne contient aucune révocation de la substitution;

» 4° Que la cour d'appel, en ne comprenant point, dans la supputation des degrés, Jacques, Gertrude et Antoine-Joseph Liot, par le motif qu'il n'y avait eu, de leur part, ni *acceptation*, ni *immixtion*, leur décès étant arrivé avant l'extinction de l'usufruit réservé par les testateurs, a fait, dans l'espèce, une juste application des lois qui régissent les substitutions;

» 5° Enfin, que, ne s'agissant pas, ainsi que l'a décidé la cour d'appel, du recouvrement de *droits dotaux*, mais de propres fictifs échus pendant le mariage, les biens grevés de substitution n'étaient point passibles de l'acquit de cette créance ».

A tout ce que contiennent les conclusions qui ont précédé cet arrêt, sur la quatrième des questions qui y sont traitées, il faut ajouter ce que j'ai dit dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Substitution fidéicommissaire*, sect. 12, §. 3, art. 5.

§. IX. *L'héritier grevé de fidéicommis universel, peut-il retenir et s'approprier les objets qu'il a acquis par prescription, pendant sa jouissance?*

Il faut distinguer :

Ou ces objets sont des biens-fonds que le défunt avait commencé de posséder;

Ou ce sont des legs qu'il avait faits par son testament;

Ou ce sont des dettes dont il était tenu;

Ou ce sont des légitimes dues à quelques-uns de ses héritiers.

Au premier cas, ce n'est pas l'héritier grevé, mais l'hérédité, qui profite de la prescription; et le premier est obligé, en restituant la seconde, d'y comprendre les fonds qu'il a achevé de prescrire pendant sa jouissance. C'est ce qu'enseignent Péregrinus, *de fideicommissis*, art. 10, n° 11; et Vedel, sur Catellan, liv. 7, chap. 7. On peut en voir

Digitized by Google

les raisons dans le *Répertoire de jurisprudence*, à l'article *Légitime*, sect. 8, §. 2, quest. 1, nº 2.

Au second cas, l'héritier grevé est censé avoir payé les dettes dont il s'est libéré par la prescription, et il peut les répéter contre l'hérédité qu'il en a ainsi déchargée. C'est ce que le parlement de Toulouse a jugé par arrêt du 14 février 1682, dans une espèce où la prescription avait couru vingt-sept ans avant la mort du testateur : en sorte qu'il n'avait plus fallu au grevé que trois années pour l'accomplir (1).

Il en serait autrement, si l'héritier grevé, après avoir fait inventaire, renonçait à la succession. Quand même la prescription aurait couru entièrement sur sa tête, sans avoir commencé sur celle du substituant, il n'en serait pas moins tenu de laisser dans l'hérédité, les dettes passives qui se seraient éteintes par cette voie. Le parlement de Toulouse l'a ainsi décidé par arrêt du 20 août 1667, rapporté dans le recueil de Catellan, à l'endroit cité. On en conçoit aisément la raison. La renonciation de l'héritier grevé après l'inventaire, le fait considérer, dès le principe de sa jouis-

(1) Catellan, liv. 7, chap. 7, nous retrace les motifs de cet arrêt.

« La difficulté (dit-il) était à cause du laps de vingt-sept ans, qui s'étaient écoulés pendant la vie du testateur, pendant lesquels la prescription avait couru en sa faveur, et parcequ'il restait peu de jours, *paucissimi dies*, au temps de sa mort, pour achever la prescription, trois ans étant peu de temps par rapport aux vingt-sept ans. On disait donc que, comme la prescription commencée avant le mariage, ne nuit point au mari contre qui elle s'accomplit, lorsque *paucissimi dies supersunt* (*V.* l'article *Prescription*, §. 6, art. 3), aussi la prescription ne doit pas profiter à l'héritier, lorsqu'au temps du décès il reste peu de jours pour l'accomplir; d'autant qu'on doit plus facilement présumer que la dette a été payée par le défunt, pendant les vingt-sept ans, que par l'héritier pendant les trois années. Il semble même dangereux de considérer les derniers temps en faveur des héritiers; car il est à craindre que, supprimant les quittances privées qui pourraient avoir été faites au défunt, ils allèguent la prescription pour la faire céder à leur profit. On ajoutait que comme le laps de dix ans, pendant lesquels le fils demeure séparé de son père, a un effet rétroactif, et fait présumer que ce fils est hors de la puissance de son père depuis le premier jour de cette séparation, ainsi la prescription de trente ans doit avoir un effet rétroactif au commencement des trente ans, et faire présumer, dès ce temps-là, le paiement ou la libération; et c'est par cette raison, sans doute, que la cessation du paiement de la rente constituée libère le débiteur de cette rente, non seulement du capital, mais des arrérages, quoique la demande de ces arrérages ne soit pas prescrite, à compter du terme de chaque paiement, ce qui ne peut être que parcequ'on présume le paiement ou la libération, du jour que la prescription a commencé. D'où l'on concluait que la prescription dans le cas présent, ayant été commencée par le défunt, c'est à lui qu'il fallait attribuer le paiement présumé. Enfin, on appuyait l'avis contraire à l'arrêt, de l'autorité de Duperrier, qui, au liv. 3, chap. 20, décide que le fonds que le testateur a commencé de prescrire, et dont la prescription s'est accomplie en la main de l'héritier, doit être rendu au substitué, et que la prescription d'une dette passive qui a commencé pendant la vie du testateur, et s'est accomplie pendant la jouissance de l'héritier, doit céder au profit, non de l'héritier, mais de l'hérédité, parcequ'il se peut faire, dit cet auteur, que le créancier, par quelque motif de restitution ou de libéralité envers le défunt, n'a pas voulu lui demander.

» Nonobstant ces raisons, fut rendu l'arrêt que je rapporte en faveur de l'héritier chargé de rendre, qui avait vu accomplir la prescription pendant sa jouissance, quoique si fort avancée par le défunt. On crut que les trois années qui avaient couru pendant la jouissance de cet héritier, n'étaient pas *paucissimi dies*, ces deux mots *paucissimi dies* ayant l'un et l'autre une signification très-resserrée, qui réduit naturellement le temps à un terme très-court, qui ne peut comprendre, dans le cas d'un mari ci-dessus allégué, que le temps qui n'a pas suffi pour exiger, et ne pourrait donc marquer au cas présent que le temps qui n'a pas suffi pour payer, à quoi on ne peut pas nier que trois ans ne puissent suffire; mais que le cas du mari est bien différent de celui-ci; et que, si la prescription, quoique achevée contre le mari, ne doit pas lui nuire alors, c'est parceque les raisons ordinaires sur cette matière, cèdent à l'injustice et au tort que l'on ferait au mari, de le rendre responsable de la prescription d'une somme que la brièveté de son temps a rendu inexigible pour lui. On ajoutait qu'il suffit à l'héritier de rendre l'hérédité en l'état qu'elle est lors du décès du testateur : la dette n'étant pas alors prescrite, l'hérédité en était déchargée; qu'il faut regarder le seul temps auquel la prescription s'accomplit, puisque c'est alors que la libération s'acquiert, tout le temps qui a précédé n'étant pas considérable, puisqu'il est vrai que, pendant tout ce temps, la dette demeure, et le créancier peut en demander le paiement. Ce seul dernier moment de la prescription met le sceau à la libération, comme le seing des parties met le sceau et donne la force au contrat, qui, jusqu'à la signature, n'est pas obligatoire. Les raisons alléguées au contraire, ne semblent pas bien positivement conclure. La libération des arrérages de la rente constituée, qui se fait en même temps que la libération du capital prescrit, ne prouve pas que le paiement soit présumé fait du temps qu'on a commencé de prescrire. C'est une suite de la force de paiement que l'on donne à la prescription; le paiement du capital couvre les arrérages de la rente, lorsque le créancier ne les a point réservés : c'est un accessoire que le capital entraîne. Et à l'égard de restitution ou libéralité présumée, faite au substituant par le créancier, il est aisé de répondre que les

Digitized by Google

sance, comme un simple administrateur : or, bien sûrement, celui qui administre le patrimoine d'autrui, ne peut pas porter en dépense les dettes qui ont été prescrites pendant sa gestion, et le profit de cette prescription n'appartient qu'au maître du bien administré.

Ce que nous disons des dettes passives, s'applique sans difficulté aux legs.

A l'égard des légitimes, la question est controversée; et le parlement de Grenoble la jugeait tout autrement que celui de Toulouse.

Rabot, conseiller en la première de ces cours, assure, dans une note sur la décision 303 de Guy-Pape, qu'il y a été jugé, entre Philibert et Louis de Castellane, qu'une légitime prescrite pendant la jouissance de l'héritier grevé, devait demeurer dans l'hérédité par droit d'accroissement; et pour qu'on ne se méprenne pas sur l'espèce de cet arrêt, il en rapporte les termes : *Legitima non petita an deveniat gravato, an acquiratur, et sic fideicommissario restituenda.... ? Curia judicavit accrevisse hereditati, et in esse hereditatis permansisse ad utilitatem heredis et fideicommissarii respectivè : hæc sunt verba arresti.*

Expilly (arrêt 224) nous fournit trois décisions semblables du même tribunal. Il cite d'abord un arrêt qui paraît antérieur à celui dont il est fait mention par Rabot; et après avoir dit un mot sur ce dernier, il ajoute que la même chose a encore été jugée les 13 avril 1612 et 2 décembre 1616.

Cependant il trouve la jurisprudence du parlement de Toulouse plus régulière. Je la suivrais volontiers, dit-il, dans le cas où la prescription a été accomplie sur la tête de l'héritier grevé; et il est à remarquer que ce cas est le seul sur lequel tombe la question.

Voici, au surplus, les arrêts qui établissent cette jurisprudence.

Ferrière, sur Guy-Pape, décision 323, en cite un du 2 avril 1597. Les termes en sont très-formels : *Déclare la cour appartenir à l'héritier grevé, les légitimes à lui acquises par les quittances de ses frères et par laps de temps.*

Catellan, liv. 7, chap. 7, en rapporte un du 8 juillet 1696, qui juge de même, et tout à la fois décide que l'héritier grevé ne peut pas, sur le fondement de la prescription acquise à son profit, exiger en corps héréditaires, les légitimes que le defunt a assignées en argent (1).

Le magistrat auteur du Journal du parlement de Toulouse, tome 3, page 489, rapporte trois autres arrêts des 16 juillet 1716, 14 juillet 1718 et 10 septembre 1727, qui jugent encore *que les légitimes prescrites cèdent au profit de l'héritier, et non de l'hérédité.*

L'annotateur de Guy-Pape (Ferrière), et Vedel, quoique attachés tous deux au parlement de Toulouse, censurent vivement cette jurisprudence.

Qu'est-ce que la légitime, dit le premier ? Rien autre chose qu'une quote du patrimoine du défunt. Si les enfans à qui elle est due, ne la demandent pas, elle accroît donc à la masse des biens. Dès lors, l'héritier qui ne la paie pas, n'en profite que par droit d'accroissement. Or, ce qu'un grevé de substitution prend à ce titre, il ne peut pas le retenir; il est obligé d'en faire la restitution au fidéicommissaire. Cela résulte de la loi *totam*, D. *de acquirendâ hereditate.* D'ailleurs, c'est un principe général que l'accroissement se fait à la chose et non à la personne : la loi 1, C. *quandò non petuntur partes*, le décide ainsi formellement.

« On peut ajouter (ce sont les termes de Vedel) que la demande des légitimes est plus réelle que personnelle, puisqu'elle tend à un partage de biens-fonds entre l'héritier et les légitimaires, qui ont droit de se faire expédier

libéralités ne cherchent point à se cacher et à se couvrir du voile du silence; que celui qui donne, ne manque pas de s'en faire l'honneur, et surtout de s'en faire un mérite auprès de celui à qui il donne : et qu'il est naturel au donataire de vouloir assurer la donation, ce que le seul silence ne fait pas. Cette dernière considération est plus forte à l'égard de la restitution; le même principe qui la fait faire, demande qu'on l'assure. S'il y a des raisons pour la tenir cachée, il y a assez de voies pour le faire, sans la rendre mal assurée; aussi la seule présomption et la seule idée de paiement a toujours été attachée à la prescription, non jamais la présomption de donation et de restitution, choses moins naturelles, comme moins ordinaires, que le paiement d'une dette ».

(1) Voici les motifs de cette décision particulière : « La prescription (dit Catellan) ne doit pas avoir d'autre effet que de rendre celui qui prescrit *solventi similem*. Si l'héritier avait payé le legs en argent, il ne pourrait demander le paiement en corps héréditaires, que le légitimaire lui-même ne pourrait demander, après avoir reçu son legs en argent.

» L'héritier qui prescrit, ne saurait avoir plus de droit : il y a même bien lieu de douter s'il est à la place du légitimaire, pour autre chose que pour la rétention de la somme prescrite. Porter l'effet et la force de la prescription plus loin, comme semble le faire Ferrière sur Guy-Pape, n'est-ce pas mal à propos donner la force de la cession expresse de droits, à l'inaction et au silence »?

Digitized by Google

leur quote-part de tous les biens; qu'ainsi, l'accroissement des portions abandonnées se fait de plein droit à la chose, ou pour mieux dire, que l'abandon de ces portions est un vrai relâchement que les légitimaires ont fait de leur portion héréditaire à la masse de l'hérédité, de laquelle ils n'ont pas voulu la séparer; d'où il faut conclure que l'héritier grevé ne peut répéter sur le fidéicommissaire ces portions héréditaires; à la différence des dettes passives de l'hérédité purement personnelles, qui, étant réputées meubles de leur nature, ne peuvent accroître à l'hérédité par l'abandon des créanciers, et dont l'héritier grevé est censé avoir fait le paiement en argent comptant, suivant la maxime *præscribens solventi similis est* ».

Ferrière et Vedel ne sont pas les seuls auteurs qui aient adopté cette opinion; on compte encore au nombre de ses partisans, Peregrinus, art. 35; Cancerius, *variarum resolutionum*, part. 1, chap. 3, *de legitimâ*, n° 8; Duperrier, liv. 3, chap. 20; et nous conviendrons qu'il ne nous paraît pas possible de donner une réponse satisfaisante aux raisons sur lesquelles elle est appuyée.

§. X. 1° *Celui qui, avant la loi du 14 novembre 1792, était grevé de substitution au profit de ses enfans, pouvait-il disposer, soit de la totalité, soit d'une partie des biens substitués, en faveur de l'un d'eux, et en exclure les autres? Ou était-il tenu de laisser à chacun sa portion* ab intestat *dans ces biens?*

2° *Celui qui, ayant, à une époque antérieure à la même loi, reçu des biens à la charge de n'en pouvoir avantager personne au préjudice de ses enfans, instituait contractuellement l'un de ceux-ci héritier pour sa part légale dans sa succession, était-il censé, par là, assurer à cet enfant une portion* ab intestat *dans ses biens substitués? Et cet enfant pouvait-il, en effet, y prétendre cette portion à titre d'héritier contractuel, lorsque le père n'avait disposé de ces biens au profit d'aucun étranger, mais seulement en faveur d'un autre de ses enfans?*

Le 22 mai 1706 et le 10 novembre 1710, testamens par lesquels Antoinette d'Oyenbrugge institue Philippe-François Vander Noot, comte de Duras, son mari, domicilié, comme elle, en Brabant, héritier universel de ses biens, avec faculté de les aliéner et d'en disposer comme il lui plaira.

Le 13 mars 1717, se trouvant mère de trois enfans, elle fait un codicille par lequel, après avoir confirmé ses deux testamens, elle ajoute: « bien entendu que mon héritier ne » pourra avantager personne des biens que » je délaisserai, au préjudice de mes enfans » actuels, tenant lesdits avantages et dons » pour nuls et de nulle valeur à l'avantage » de mesdits enfans actuels; donnant en outre, autant que de besoin, à mon héritier » institué par mes prédits testamens, le plein » pouvoir et autorité, et cela tant étant veuf » que remarié, de purger les biens à délaisser » par moi, tant ceux situés en cette province » de Brabant, pays de Liége, qu'ailleurs, » des charges y affectées, ainsi que de terminer tous procès déjà mus et encore à » mouvoir; et de vendre, à cet effet, telles » parties de biens qu'il sera trouvé, en quelque sorte, convenir ».

Elle meurt quelque tems après, laissant les mêmes trois enfans, savoir: Philippe-Joseph-Louis Vander Noot, Jean-Joseph-Philippe Vander Noot, connu depuis sous le nom de *baron de Meldert*, et Anne-Philippine Vander Noot.

Le 8 avril 1737, Philippe-François Vander Noot, comte de Duras, mariant sa fille Anne-Philippine à Henri-René d'Yves, baron d'Ostiele, lui constitue en dot des biens provenans de feue son épouse, et déclare « qu'il ne » lui préjudiciera en rien, au regard de la » portion qui pourrait lui compéter dans sa » succession, en rapportant ce qu'elle aura » eu en avancement de son port de mariage, » dudit seigneur, comte de Duras, son père ».

Le 30 janvier 1742, le comte de Duras, à la suite de quelques contestations que lui avait suscitées Philippe-Joseph-Louis Vander Noot, son fils aîné, fait avec lui une transaction par laquelle il est convenu « qu'après la » mort de Philippe-François Vander Noot, » comte de Duras, il suivra à son fils aîné, » Philippe-Joseph-Louis, ou à ses enfans, un » juste tiers des biens et rentes, tant fiefs » qu'autres, délaissés par la dame d'Oyenbrugge, sa mère, renonçant pour le surplus à tous ses biens maternels; que Philippe-Joseph-Louis Vander Noot ne pourra » aliéner ce tiers, ni le charger en aucune » manière, soit à titre de légitime ou autrement, mais qu'il demeurera sujet à fidéicommis en faveur de ses enfans ou autres » descendans; et qu'à l'égard des biens de la » succession future dudit Vander Noot, comte » de Duras, les parties demeureront, de » part et d'autre, dans leur entier ».

Philippe-Joseph-Louis Vander Noot meurt avant son père, et laisse trois enfans, Jean-Joseph-Philippe, Anne-Louise, et Anne Thérèse, mariée au baron d'Anweghem.

Digitized by Google

Le 2 décembre 1755, Philippe-François Vander Noot, comte de Duras, fait un testament par lequel 1° il donne quelques biens, à titre d'institution particulière, aux trois enfans de son fils aîné, prédécédé; et en cas qu'ils ne veuillent pas s'en contenter, les réduit à leur légitime; 2° il donne à la dame d'Yves, aussi à titre d'institution particulière, entre laquelle et sa légitime elle sera tenue d'opter, les biens qu'il lui a constitués en dot par son contrat de mariage; 3° il donne à son fils cadet, Jean-Joseph-Philippe, baron de Meldert, presque tous les biens qui lui sont provenus de la dame d'Oyembrugge, son épouse, et l'institue son héritier universel, à la charge qu'en cas de mort de celui-ci sans enfans, « tous les biens immeubles, terres, seigneuries, rentes et autres, à lui laissés par les présentes, succéderont à son petits-fils, son enfant mâle, ou le représentant mâle, délaissé par son fils aîné ». Il meurt en 1759.

Le 15 mars 1760, le tuteur des enfans mineurs de Philippe-Joseph-Louis Vander Noot, petits-enfans du testateur, la baronne d'Anweghem, leur sœur, et la dame d'Yves, leur tante, présentent au conseil souverain de Brabant une requête par laquelle, en renonçant au testament dont on vient de rappeler les dispositions, ils concluent, contre le baron de Meldert, à ce qu'il soit tenu de leur abandonner, *leur juste portion filiale, sur le pied de la succession* AB INTESTAT, tant dans les biens provenans du testateur lui-même, que de ceux qui lui étaient advenus par les dispositions testamentaires de la dame d'Oyenbrugge, son épouse.

Le 19 octobre 1762, le tuteur et la dame d'Yves renouvellent et précisent leurs conclusions.

Le tuteur détermine d'abord les droits distincts et séparés du mineur Jean-Joseph-Philippe Vander Noot, comte de Duras, et de ses deux sœurs, et il demande qu'il leur soit délivré conjointement *une portion filiale* dans les biens recueillis par leur aïeul du chef de la dame d'Oyenbrugge, sauf au premier à faire valoir contre ses deux sœurs les prérogatives féodales attachées à sa qualité de mâle et d'aîné.

La dame d'Yves conclud, de son côté, « à » ce qu'il soit déclaré qu'il lui compète » une portion filiale dans tous les biens dé» laissés par son père, et auxquels les fil» les ont droit de succéder; et de plus, qu'il » lui compète une portion filiale dans les » biens qui étaient succédés à son père du » chef de la dame d'Oyenbrugge, sa mère ».

Le 2 juillet 1763, le tuteur fait signifier, pour les trois mineurs Vander Noot, une requête connue en Brabant sous le nom d'*in scriptis*, par laquelle, après avoir énuméré tous les biens provenans de la dame d'Oyenbrugge, il demande que le baron de Meldert soit condamné à leur délaisser le tiers de ces biens, avec les prérogatives féodales pour Jean-Joseph-Philippe Vander Noot.

Le 22 mai 1765, arrêt du conseil de Brabant, qui adjuge au mineur Jean-Joseph-Philippe Vander Noot, comte de Duras, la terre de Carloo et ses dépendances, avec les fruits qui en sont échus depuis la mort de Philippe-François Vander Noot, comte de Duras, son aïeul; et déclare que les autres biens et rentes provenans des père et mère de celui-ci, doivent être partagés conformément à leur testament conjonctif du 28 octobre 1710, selon les lois et coutumes de la situation, entre le baron de Meldert, la dame d'Yves et les enfans de Philippe-Joseph-Louis Vander Noot, fils aîné; que, dans ce partage, le mineur Jean-Joseph-Philippe Vander Noot exercera, envers ses sœurs, tous les droits de masculinité et d'ainesse dans les fiefs; qu'il appartient aux trois enfans mineurs de Philippe-Joseph-Louis Vander Noot, une portion légitimaire dans tous les biens libres de Philippe-François Vander Noot, comte de Duras, leur aïeul; qu'il leur appartient également le tiers des biens delaissés par leur aïeule, la dame d'Oyenbrugge.

Le 3 avril 1767, le baron de Meldert meurt sans enfans, après avoir institué héritiers universels les trois enfans de son frère aîné Philippe-Joseph-Louis, et les deux enfans de la dame d'Yves, sa sœur.

Le 19 janvier 1768, la dame d'Yves présente une requête au conseil de Brabant contre ses propres enfans et contre ceux de Philippe-Joseph-Louis Vander Noot, son frère aîné. Elle y expose « qu'elle se trouve dépour» vue, dans la succession de ses *parens*, de » la part et portion qu'en icelle lui revient, » tant sur le pied de l'arrêt du 22 mai 1765, » que de son contrat de mariage; que rien » n'est plus raisonnable que les successions » soient, premièrement et avant tout, liqui» dées, et que la suppliante obtienne une » fois ce que le droit et la coutume lui at» tribuent en icelles; qu'il lui appartient » indubitablement une *juste portion filiale*, » au moins sur le pied de la succession *ab in» testat* ».

Et le 6 février suivant, elle conclud à ce qu'il soit déclaré « qu'il compète à la sup-

Digitized by Google

» pliante, dans la succession de Philippe-» François Vander Noot, son père, une por-» tion filiale, sur le pied de la succession *ab* » *intestat*, et d'après les coutumes des situa-» tions respectives, des biens délaissés par » sondit père, avec ordonnance aux ajournés » ou ceux que cela pourra concerner, de » procéder sur ce pied avec la suppliante, à » l'exécution, division et partage d'icenx ».

Le 22 novembre de la même année, arrêt par défaut, qui « déclare qu'il compète à la » dame d'Yves, dans la succession de Phi-» lippe-François Vander Noot, son père, » une portion filiale, sur le pied de la suc-» cession *ab intestat* ».

Le 5 août 1769, Joseph-Philippe Vander Noot, comte de Duras, encore mineur (il était né le 27 janvier 1746), est autorisé par un arrêt du conseil de Brabant, rendu sur la requête de sa mère, à poursuivre le procès concernant la succession de son aïeul Philippe-François, *comme s'il était majeur*.

Le 16 mai 1770, il présente au même tribunal une requête par laquelle il déclare ne pas accepter la portion héréditaire que le baron de Meldert lui a laissée par son testament, et demande que la substitution créée par le testament de Philippe-François Vander Noot, son aïeul, soit déclarée ouverte à son profit.

Le 18 mai 1772, arrêt qui, en réservant de statuer sur les conclusions de cette requête, ordonne aux parties de procéder incontinent au partage ordonné par l'arrêt du 22 mai 1766.

Le 10 janvier 1775, Jean-Joseph-Philippe Vander Noot, comte de Duras, demande par une requête présentée au conseil de Brabant, « d'être relevé, pour autant que de besoin, » des faits, actes, actions ou renonciations » par lesquels son tuteur aurait impugné le » testament de Philippe-François Vander » Noot, ou par lesquels il y aurait renoncé » ou contrevenu, auquel testament il dé-» clare, en ce cas, être prêt de se conformer » en tout, nonobstant l'arrêt du 22 mai » 1765, du profit duquel arrêt, toujours en » ce cas-là, il déclare se désister; avec or-» donnance aux héritiers du baron de Mel-» dert de contester, sur ce pied, les conclu-» sions prises par sa requête du 15 mars » 1770 ». Cette demande est renvoyée devant un commissaire.

Le 16 du même mois, Jean Joseph-Philippe Vander Noot, comte de Duras, fait citer devant ce commissaire, Ferdinand et Anne-Thérèse d'Yves, héritiers de la dame d'Yves, leur mère.

Ceux-ci répondent, le 12 avril suivant, entre autres choses, que la demande en restitution formée par le comte de Duras, n'est qu'un accessoire de la demande qu'il a déjà formée par sa requête du 16 mai 1770, et que le conseil de Brabant a jugé, le 18 mars 1772, ne pouvoir être instruite qu'après qu'il aurait été procédé au partage ordonné par l'arrêt du 22 mai 1765; « qu'il doit suffire au » comte de Duras d'être tenu *hic et nunc* » pour diligent, quant au temps utile pour » impétrer, *casu quo*, le secours des lois en » matière de relièvement; sans qu'on entre » en discussion sur le point de savoir s'il y a » réellement lieu à relièvement ». Et ils concluent à ce que le comte de Duras soit déclaré, quant à présent, mal fondé et non-recevable.

Le 18 mai 1782, le comte de Duras acquiert, par transaction, tous les droits de ses deux sœurs dans les biens délaissés par Philippe-François Vander Noot, leur aïeul, par la dame d'Oyenbrugge, leur aïeule, et par le baron de Meldert, leur oncle.

Le 23 floréal an 10 (4 mai 1802), il fait assigner le sieur et la demoiselle d'Yves, devant le tribunal de première instance de Bruxelles, « pour voir ordonner qu'il sera » procédé, en exécution des arrêts du con-» seil de Brabant, des 22 mai 1765 et 18 mai » 1772, au partage des biens délaissés par » Philippe-François Vander Noot, comte » de Duras; qu'en conséquence les sieur et » demoiselle d'Yves seront tenus de s'expli-» quer sur la nature et la situation des biens, » et sur la disposition des coutumes dans » lesquelles ils sont situés; et faute par eux » de ce faire, voir adjuger au demandeur les » conclusions prises dans l'écrit d'*in scriptis* » du 2 juillet 1763, et répétées dans l'arrêt » du 22 mai 1765; au reste, voir dire que le » fidéicommis établi sur la portion du baron » de Meldert, et ouvert, par son décès sans » enfans, en faveur du demandeur, sera » exécuté ».

Le comte de Duras meurt peu de temps après cette assignation, et avant qu'elle ait eu aucune suite, laissant pour héritière une fille unique mariée au prince Louis de Ligne.

Le 7 floréal an 13 (27 avril 1805), la dame de Ligne, assistée de son mari, reprend l'instance, et invoque, à l'appui des conclusions prises par son père, dans son exploit du 23 floréal an 10, les lettres de restitution en entier qu'il avait obtenues le 10 janvier 1775.

Les sieur et demoiselle d'Yves répondent 1° que ces lettres ont été obtenues trop tard; que le comte de Duras n'aurait pu les obtenir que dans les quatre ans de sa majorité; qu'il

Digitized by Google

était devenu majeur par l'effet des *lettres de majorité* qui lui avaient été accordées le 5 août 1769; qu'ainsi, le délai dans lequel il eût pu se pourvoir en restitution, était expiré dès le 5 août 1773;

2° Qu'au surplus, il avait renoncé à ses lettres de restitution en entier, par son exploit du 23 floréal an 10.

Au fond, ils soutiennent qu'il doit être fait un premier partage, comme si le baron de Meldert était vivant; que ce ne sera qu'après cette opération, qu'on pourra s'occuper du partage des biens du baron de Meldert, et du fidéicommis dont il pouvait être grevé; qu'enfin, il doit leur être expédié, pour les droits paternels et maternels de leur mère, 1° un tiers des biens provenus à Philippe-François Vander Noot, du chef de ses père et mère, ainsi que de ceux dont il avait la libre disposition; 2° un tiers des biens délaissés par la dame d'Oyenbrugge.

Le 14 janvier 1808, jugement par forclusion, qui, sans s'expliquer sur les lettres de restitution obtenues le 10 janvier 1775, par le comte de Duras, déclare, entre autres choses, « qu'il sera attribué par le partage » aux sieur et demoiselle d'Yves, la portion » filiale qui compétait à leur mère dans les » biens indivis délaissés par Philippe-François Vander Noot, y compris nommément » les biens qu'il avait hérités tant de son » épouse, la dame d'Oyenbrugge, que de » ses père et mère, à l'exception de la terre » de Carloo, adjugée par l'arrêt de 1765 à » Jean-Joseph-Philippe Vander Noot (père » de la dame de Ligne), laquelle portion » filiale sera déterminée sur le pied de la succession *ab intestat*, et suivant les coutumes » de la situation des biens ».

La dame de Ligne appelle de ce jugement.

Par arrêt du 31 août de la même année,

« Attendu qu'il est jugé par les arrêts du conseil de Brabant, en date du 22 mai 1765 et du 22 novembre 1768, que la mère des sieur et demoiselle d'Yves avait droit à un tiers dans la succession de Philippe-François Vander Noot; que, dans les procès sur lesquels ces arrêts sont intervenus, non seulement les biens propres à Philippe-François Vander Noot, étaient déduits en justice, mais aussi les biens que lui avait laissés la dame d'Oyenbrugge, son épouse; que par conséquent ces arrêts ayant disposé, tant sur ces biens que sur ses propres, que les deux patrimoines étant confondus sur le chef de Philippe-François, comme il les considérait lui-même lors du mariage de sa fille Anne-Philippine, laquelle était chargée de rapporter à sa succession un bien provenu de sa mère, les juges n'ont pas pu distinguer;

» Attendu que les parties ont donné suite aux arrêts précités, en s'occupant du partage ordonné par ces arrêts, immédiatement avant la mort du baron de Meldert;

» Que le père de la dame de Ligne ayant obtenu du conseil de Brabant, le 5 août 1769, des lettres de majorité, à l'effet de pouvoir suivre le procès de la succession de son aïeul, a présenté tardivement, le 10 janvier 1775, requête en relièvement de ce qui avait été fait par son tuteur; qu'aussi le père de la dame de Ligne n'a fait postérieurement fruit de cette requête, comme il appert par ses conclusions prises au mois de mai 1802....;

» La cour (d'appel de Bruxelles) met l'appellation au néant.... ».

Recours en cassation de la part de la dame de Ligne.

« Elle fonde ce recours (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 7 septembre 1809), quant à la disposition de l'arrêt qui rejette les lettres de restitution en entier obtenues par son père, le 10 janvier 1775, sur la loi 7, C. *De temporibus in integrum restitutionis*, sur la loi dernière, C. *de repudiandâ vel abstinendâ hereditate*, et sur le placard du 2 novembre 1735; et elle le fonde, quant à la disposition qui adjuge aux sieur et demoiselle d'Yves, les tiers des biens provenans d'Antoinette d'Oyenbrugge, leur aïeule maternelle, sur la violation des lois romaines relatives tant à l'exception de chose jugée qu'à la distinction entre les biens libres et les biens grevés de substitution.

» Vous avez donc à décider si ces diverses lois ont été, en effet, violées par l'arrêt qu'elle vous dénonce.

» Sur le premier objet, il se présente une question qui paraît n'avoir pas été agitée devant la cour d'appel de Bruxelles, et qui cependant était préalable à celle dont cette cour s'est occupée : c'est de savoir si, d'après l'art. 29 de l'édit perpétuel de 1611, les mineurs ne devaient pas, dans la Belgique, comme dans l'ancien territoire français, avoir dix ans, à compter de leur majorité, pour se faire relever des différens actes par lesquels ils avaient été lésés dans leur jeune âge.

» Vous sentez en effet, Messieurs, que, si cette question était résolue pour l'affirmative, nous devrions regarder comme oiseuse celle qui a été agitée devant la cour d'appel de Bruxelles; puisque, même en faisant courir contre le père de la dame de Ligne, le délai de la restitution en entier du jour où il avait obtenu du conseil de Brabant des lettres de

Digitized by Google

majorité, c'est-à-dire, du 5 août 1769, ce délai, s'il avait dû être de dix années, n'aurait pas été, à beaucoup près, révolu le 10 janvier 1775, jour où le père de la dame de Ligne s'est pourvu en restitution.

» L'art. 29 de l'édit perpétuel de 1611 porte *que toutes restitutions et annullations de contrats ou autres actes quelconques, fondées sur lésion, pour grande qu'elle soit, dol, circonvention, crainte ou violence, se prescriront par le laps de dix ans continus, à compter dès le jour que iceux seront faits, ou que la crainte ou violence ou empêchement de droit ou de fait cessera.*

» Au premier abord, il paraît difficile de ne pas conclure de cet article, que le délai accordé aux mineurs à l'effet de se faire restituer en entier pour cause de lésion, doit être de dix ans; et que ce délai ne doit courir, à leur égard, que du jour où cesse pour eux l'*empêchement de droit*, c'est-à-dire, du jour de leur majorité.

» Et c'est effectivement la conséquence qu'en tire Dumées dans sa *Jurisprudence du Hainaut français*, page 128 : *La restitution du chef de minorité* (dit-il), *est aussi fondée sur la lésion :* NON RESTITUITUR MINOR UT MINOR, SED UT LÆSUS. *Ainsi, cette espèce de restitution est tacitement comprise dans l'article ci-dessus de l'édit perpétuel; il n'est pas à présumer que les archiducs* (Albert et Isabelle, auteurs de cet édit) *aient voulu faire une distinction entre les différentes espèces de restitution.*

» Cependant, Stokmans, conseiller au conseil de Brabant, qui écrivait peu de temps après la publication de l'édit de 1611, n'hésite pas à dire dans son recueil d'arrêts, §. 112, que les mineurs n'ont que quatre ans après leur majorité pour se pourvoir en restitution : *Datur quadriennium ab impletâ majore ætate ad postulandam restitutionem.*

» Tulden, magistrat de la même cour, dans son commentaire sur le Code de Justinien, liv. 2, tit. 53, professe la même doctrine, et la justifie assez au long. Après avoir remarqué que l'édit perpétuel de 1611 se borne à circonscrire dans l'espace de dix ans, le délai de la restitution en entier pour cause de lésion, de dol ou de violence, sans parler expressément de la restitution pour cause de minorité, comme l'avaient fait précédemment en France, les ordonnances de Louis XII et de François Ier, de 1510, 1533 et 1539, il demande si, dans la Belgique, on doit, par rapport aux mineurs, s'en tenir au droit romain qui n'accorde que quatre ans, ou si l'on doit étendre jusqu'à eux la disposition de l'édit de 1611; et quelle est la réponse? *Quod novâ lege expressum non est, intelligitur relictum statui juris antiqui.*

» Il en donne deux raisons :

» La première, que les auteurs de l'édit de 1611, ayant eu devant les yeux, lorsqu'ils l'ont rédigé, les ordonnances françaises qui comprennent expressément dans leur disposition la restitution en entier pour cause de minorité, on ne peut pas présumer qu'ils l'eussent passée sous silence, si leur intention eût été de la soumettre à la même prescription : *Eo magis quòd conditores edicti, haud dubiè respicientes ad illas Francorum constitutiones, non possint videri per oblivionem transmisisse minorem ætatem, sed consulto proposito exclusisse, et reliquisse præscriptioni juris romani satis contractæ;*

» La seconde, que le but des auteurs de l'édit de 1611 n'a pas été d'étendre les prescriptions établies, en matière de rescision, par les lois romaines, mais bien plutôt de les resserrer; et qu'une disposition était nécessaire à cet effet de leur part, relativement à l'action rescisoire pour cause de lésion, qui auparavant ne se prescrivait que par trente ans : *Namque ad minuendas lites voluerunt contrahere, non ampliare præscriptiones veteres; eæ quippè erant* 30 *annorum circà læsionem.*

» Libert Chrystin, dans ses notes sur le Traité *de legibus abrogatis* de Bugnyon, liv. 1, chap. 28, soutient la même opinion : *Edictum enim perpetuum anni* 1611, *tantùm de rescisione loquitur ex capite doli, vis, metûs et læsionis, nullâ minoris ætatis mentione factâ; undè quod novâ lege expressum non est, intelligitur relictum statui juris antiqui.*

» Tel est encore le sentiment de Gudelin, *de jure novissimo*, liv. 3, chap. 14, n° 16; de Paul Chrystin, dans son recueil d'arrêts du grand conseil de Malines, tome 2, décis. 121, n° 8, et de Patou, sur la coutume de Lille, tome 1er, page 489.

» Ce dernier auteur, après avoir répété les raisons de Tulden, se fait une objection qu'il réfute aussitôt : *En vain, dirait-on* (ce sont ses termes) *que les mineurs sont moins favorisés que les majeurs, puisque ceux-ci ont dix ans pour le relief, au lieu que les mineurs n'en auraient que quatre. On répond qu'en récompense, les mineurs sont restitués pour toute lésion, quelque modique qu'elle soit; au lieu qu'il faut une lésion énorme et d'outre moitié, pour donner ouverture au relief des majeurs. D'ailleurs, avant l'édit de* 1611, *le mineur qui n'avait que quatre ans pour se faire relever, voyait bien, sans se*

Digitized by Google

plaindre, que le majeur pouvait l'être pendant trente ans? Pourquoi ne pourrait-il point lui en souffrir à présent dix? Il doit se réjouir qu'on ne lui a rien retranché, comme on l'a fait au majeur; et en cela, l'on peut dire que sa condition est plus avantageuse que celle du majeur.

» Enfin, la jurisprudence des arrêts a mis le sceau à cette doctrine : écoutons Deghewiet, dans ses *Institutions au droit belgique*, part. 2, tit. 1er, §. 4, no 24 : *Il faut que la restitution en entier à titre de minorité, soit intentée dans les quatre ans depuis la majorité de droit, et non pas dans les dix ans dont parle l'édit perpétuel de* 1611, *comme quelques praticiens l'ont cru mal à propos..... Le parlement de Flandre en a ainsi décidé par arrêt du* 4 *mai* 1671, *entre Robert Domton et la veuve de Pierre de Broide, comme je l'ai su de M. Hendericx, qui avait été du jugement. Le même parlement s'y est encore conformé par arrêt rendu au rapport de M. Lambert d'Englemarets, le* 6 *juillet* 1714, *entre le sieur Dégilior et le sieur de Redex. J'ai extrait ce dernier arrêt des remarques de M. l'avocat-général Waymel du Parcq.*

» Mais cette jurisprudence n'est-elle pas condamnée, dans la Belgique ci-devant autrichienne, par le placard de l'empereur Charles VI, du 2 novembre 1735, que vous citez la demanderesse?

» Ce n'est pas encore le moment d'examiner si, antérieurement au Code civil, ce placard faisait loi dans le Brabant. Nous devons, quant à présent, le supposer, et nous borner à bien peser les termes de cette loi : *Ayant été informés que des disputes et des procès se sont élevés sur la manière d'entendre l'art.* 29 *de l'édit perpétuel de* 1611, *et notamment sur la question de savoir si la prescription décennale dont il est parlé dans ledit art.* 29, *doit avoir lieu, et si elle doit commencer à courir à compter de la date des contrats, contre les mineurs mariés avant l'âge de vingt-cinq ans accomplis, ainsi que contre ceux qui, par dispense, auraient été promus aux charges publiques, et qui, d'après ces circonstances, sont réputés majeurs d'après des lois et des coutumes particulières? Nous, voulant prévenir de pareils disputes et procès, avons, pour le bien-être de nos sujets, trouvé bon de déclarer, par forme d'interprétation, comme nous déclarons en effet par les présentes, que, ni l'intention des princes, nos prédécesseurs, qui ont rendu ladite loi, ni la nôtre n'est ni n'a jamais été que la prescription décennale dont il s'agit, puisse s'appliquer aux mineurs de vingt-cinq ans, quoique ceux-ci soient mariés, ou réputés majeurs, d'après quelque loi, coutume ou dispense; qu'au contraire, ladite prescription ne commence et n'a pu commencer à courir contre de pareils mineurs, qu'à compter du jour où ils ont atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis; notre volonté royale étant que la loi qui a été faite en leur faveur, ne puisse tourner à leur préjudice.*

» Vous voyez, Messieurs, que l'objet de cette loi n'est pas de décider si les mineurs, même réputés majeurs, ont, dans tous les cas, dix ans à compter du jour où ils ont atteint leur majorité pleine, pour se faire restituer contre les actes qu'ils ont faits en minorité; mais uniquement de décider quel est, dans le cas où, en vertu de l'art. 29 de l'édit de 1611, les majeurs ont dix ans pour se faire restituer, le point de départ de ce délai, à l'égard des mineurs qui ont acquis une majorité imparfaite, soit par mariage, soit par toute autre voie légale; mais uniquement de décider si, à leur égard, ce délai commence à courir du jour où ils ont acquis cette majorité imparfaite, ou s'il ne commence à courir que du jour où ils ont atteint leur vingt cinquième année accomplie; et que de ces deux partis, c'est au deuxième que le législateur donne la préférence.

» Ainsi, il résulte bien de cette loi que, dans le cas où un mineur veut se faire restituer pour des causes qui autoriseraient un majeur à recourir au bénéfice de restitution, il lui suffit de se pourvoir avant la révolution de sa trente-cinquième année; mais on ne peut pas en inférer que, dans les cas où un mineur veut se faire restituer comme mineur, c'est-à-dire, pour cause d'une lésion modique et telle qu'un majeur ne pourrait pas en exciper, il ne lui soit pas nécessaire de se pourvoir dans les quatre ans de sa pleine majorité.

» Ce n'est pas, au surplus, de nous-mêmes, que nous proposons cette distinction entre les cas où un mineur implore le bénéfice de restitution en entier comme mineur, et ceux où il implore, soit pour cause de dol, soit pour cause de violence, soit pour cause de lésion énorme, en un mot pour toute cause qui donnerait à un majeur le droit de l'implorer également. Cette distinction était reçue dans la jurisprudence belgique, et nous en trouvons la preuve dans le commentaire déjà cité de Patou, sur la coutume de Lille. Après avoir, dans le passage que nous venons de mettre sous vos yeux, établi que les mineurs, dans les cas où ils demandent à être restitués comme mineurs, ou en d'autres termes, pour cause de lésion modique, doivent se pourvoir dans les quatre ans de leur majorité, ce ju-

Digitized by Google

risconsulte ajoute : *On doit néanmoins observer que, si le mineur avait été lésé outre moitié, ou qu'il eût contracté par dol, crainte, circonvention ou violence, il aurait, à l'exemple des majeurs, dix ans pour se faire relever, parcequ'alors, ce ne serait point comme à un mineur que la restitution devrait être accordée, mais comme à un lésé outre moitié, ou pour les autres causes pour lesquelles les majeurs sont restitués. Enfin, sa condition, dans ce cas, ne devrait point être plus mauvaise que celle d'un majeur.*

» La conséquence de tous ces détails est que la cour d'appel de Bruxelles n'a pas erré, lorsqu'elle a supposé que le père de la dame de Ligne avait dû se pourvoir en restitution dans les quatre ans de sa majorité; et que, si elle a bien jugé, ou du moins si elle n'a violé aucune loi, en déclarant qu'il ne s'était pourvu qu'après l'expiration de ces quatre ans, son arrêt est, sous ce rapport, inattaquable.

» Mais en déclarant qu'il ne s'était pourvu qu'après l'expiration de ces quatre ans, a-t-elle bien jugé, ou du moins n'a-t-elle violé aucune loi ?

» Elle a, s'il en faut croire la demanderesse, violé la loi 7, C. *de temporibus in integrum restitutionis*, et la loi 6, C. *de repudiandâ vel abstinendâ hereditate*.

» Mais d'abord, la loi 6, C. *de repudiandâ vel abstinendâ hereditate*, se borne à énoncer que, par le nouveau droit, le terme de quatre ans a été substitué à celui d'une année que l'ancien droit accordait aux mineurs après leur majorité, à l'effet de se pourvoir en restitution. Cette loi ne fait donc que se référer à la loi 7, C. *de temporibus in integrum restitutionis*. C'est donc à celle-ci que nous devons uniquement nous attacher.

» Or, celle-ci, que porte-t-elle ?

» Pour la bien entendre, nous devons remarquer qu'avant Justinien, le délai de la restitution en entier était fixé primitivement à une année; que, dans la suite, on l'avait étendu à quatre ans, pour la ville de Rome, pour celle de Constantinople et pour l'Italie, et qu'il n'était demeuré restreint à un an que pour les provinces.

» Par la loi dont il s'agit, Justinien abolit ces différences, et veut que partout l'action en restitution en entier ne puisse se prescrire que par quatre ans : *supervacuam differentiam utilis anni in integrum restitutionis in nostrâ republicâ separantes, sancimus, et in antiquâ Româ, et in hâc almâ urbe, et in Italiâ, et in aliis provinciis, quadriennium continuum tantummodò numerari* EX DIE EX QUO UTILIS ANNUS CURRERAT, *et id tempus totius loci esse commune; ex differentiâ enim locorum aliquod induci discrimen, satis nobis absurdum visum est. Quod non solùm in minorum restitutionibus (quibus utilis annus incipit currere, ex quo vicesimi sexti anni dies illuxerit), sed etiam in majorum hoc idem adhiberi sancimus.*

» Voilà tout ce que dit cette loi; et il faut convenir qu'à la première vue, elle paraît justifier la critique que fait la demanderesse de l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles; il faut convenir qu'à la première vue, elle semble n'admettre pour point de départ de la prescription qu'elle établit, que le moment où commence à luire le premier jour de la vingt-sixième année du ci-devant mineur : *quibus utilis annus incipit currere, ex quo vicesimi sexti anni dies illuxerit.*

» Mais faisons-y bien attention : dans cette partie de son texte, la loi ne s'occupe que du cas le plus ordinaire; elle se contente de rappeler la règle générale qui, dans l'ancien droit, faisait courir l'année du jour de l'accomplissement de la majorité parfaite; et bien loin d'exclure, par là, pour le nouveau délai qu'elle accorde, les exceptions que l'ancien droit lui-même avait apportées à cette règle, elle les confirme de la manière la plus positive; les quatre ans, dit-elle, ne commenceront à courir que du jour où, jusqu'à présent, a couru l'année : *quadriennium continuum tantummodò numerari ex eo die ex quo utilis annus currebat.*

» Il ne s'agit donc plus que de savoir de quelle époque, avant Justinien, l'année courait contre les mineurs qui obtenaient ce que les loi romaines appellent *veniam ætatis*, des lettres de bénéfice d'âge, ou comme on parlait en Brabant, des *lettres de majorité*; si elle courait du jour où ces lettres leur avaient été accordées, et avaient été entérinées par le juge; ou si elle ne courait que du jour où ils avaient acquis leur majorité pleine et parfaite.

» Et cette question n'en est pas une. Par la loi 5, C. *de temporibus in integrum restitutionis*, l'empereur Constantin décide nettement que c'est du jour où le mineur a commencé à jouir de l'effet du bénéfice d'âge, que court le délai dans lequel il est tenu de se pourvoir en restitution : *ea quæ de temporibus in integrum restitutionum legibus cautæ sunt, custodiri convenit; et si fortè quis ex beneficio nostro ætatis veniam fuerit consecutus, ex eo die quo indulgentia nostra in judicio competenti fuerit intimata, eique administratio rei propriæ commissa, ad persequendas in integrum restitutionum finiendasque causas jure tempus habeat præstitutum.*

Digitized by Google

» Il est vrai que, depuis cette loi, Justinien a déclaré, par la loi 3, C. *de his qui veniam ætatis*, que le bénéfice d'âge accordé à un mineur, ne l'habiliterait ni à aliéner ni à hypothéquer ses immeubles.

» Mais il n'a pas dérogé, par celle-ci, à celle-là; et en voulons-nous une preuve sans réplique? Nous la trouverons dans la date même de la loi 3, C. *de his qui veniam ætatis*, comparée avec celle de la loi 7, C. *de temporibus in integrum restitutionis*, par laquelle Justinien renvoie à la loi de Constantin, pour la détermination du terme où commence à courir le délai de la restitution en entier. La loi 3, C. *de his qui veniam ætatis*, est de l'année 529; et la loi 7, C. *de temporibus in integrum restitutionis*, est de l'année 531. Ainsi, lorsque Justinien déclarait par celle-ci, en se référant à la loi de Constantin, que, pour les mineurs qui obtiendraient des lettres de bénéfice d'âge, le délai de la restitution en entier courrait du jour même de l'entérinement de ces lettres, il y avait déjà deux ans qu'il avait rendu les lettres de bénéfice d'âge impuissantes pour faire cesser l'incapacité des mineurs d'aliéner et d'hypothéquer leurs immeubles. L'incapacité dans laquelle les lettres de bénéfice d'âge laissent les mineurs qui les ont obtenues, d'aliéner et d'hypothéquer leurs immeubles, n'empêche donc pas que, pour tout ce qui a été fait par leurs tuteurs avant l'obtention de ces lettres, le délai de la restitution en entier ne commence à courir du jour même où ces lettres ont été entérinées par le juge. C'est donc très-mal raisonner que de dire: le mineur qui a obtenu des lettres de bénéfice d'âge, ne peut ni aliéner ni hypothéquer ses immeubles; donc le délai de la restitution en entier ne peut pas courir contre lui, relativement à ce qui a été fait dans ses intérêts, antérieurement à l'obtention et à l'entérinement de ces lettres.

» Aussi Voët, sur le digeste, titre *de in integrum restitutionibus*, n° 19, établit-il nettement que, suivant le dernier état du droit romain, le délai de la restitution court contre les mineurs qui ont obtenu des lettres de bénéfice d'âge, du jour même où ils ont commencé à jouir de l'effet de ces lettres: *quamvis verò continua sint quadriennii tempora, non tamen eodem modo in omnibus restitutionum causis, dinumeratio instituitur; etenim in minorennitate quidem initium quadriennii est ex eo tempore quo minor major factus est,* AUT VENIAM ÆTATIS IMPETRAVIT.

» Avant lui, Cujas avait dit la même chose, dans ses Paratitles du Code, liv. 2, tit. 52: *ex die quo insinuaverint veniam ætatis.*

» Brunnemann, sur le même titre, avait également dit: *tempus restitutionis petendæ incipit currere ei qui veniam ætatis impetravit.*

» Mais, dit la demanderesse, cette législation a été abolie dans la Belgique, par le placard de l'empereur Charles VI, du 2 novembre 1735.

» Oui, elle l'a été dans les parties de la Belgique où ce placard a été publié. Mais ce placard, a-t-il été publié dans le Brabant, a-t-il jamais été reçu dans cette partie de la Belgique?

» Le silence que la demanderesse a gardé sur ce placard, devant la cour d'appel de Bruxelles, est déjà une forte présomption pour la négative. Mais à cette présomption viennent se joindre des preuves directes et formelles.

» Le Brabant, avait, pour l'exercice du pouvoir législatif, une constitution toute différente des autres parties de la Belgique. Dans celles-ci, la volonté du prince formait seule la loi; mais, dans le Brabant, la loi ne pouvait résulter que du concours de la volonté du prince, avec la délibération parfaitement libre du conseil souverain de cet état..... (1).

» Cela posé, il ne reste plus qu'à savoir si le placard du 2 novembre 1735 a été vérifié par le conseil de Brabant; et il est certain qu'il ne l'a pas été. Témoin ce que nous a écrit là-dessus, le 1er de ce mois, M. Mercx (ancien conseiller au conseil de Brabant même), en sa qualité de premier substitut du procureur général à la cour d'appel de Bruxelles, remplaçant ce magistrat pendant son absence: *Sur le doute proposé par votre lettre du 28 août, de savoir si le placard du 2 novembre 1735, interprétatif de l'art. 29 de l'édit perpétuel de 1611, a jamais fait loi sous le ressort du ci-devant conseil souverain de Brabant, j'ai l'honneur de vous dire que tout indique qu'il n'y a jamais été* PLACETÉ *ni publié dans la* FORME BRABANÇONNE; *que conséquemment il n'a pas eu force de loi en Brabant. D'abord, le mandat ordinaire pour le placet ou homologation et publication en Brabant, ne s'y trouve pas:* Mandons et ordonnons à nos chers et féaux les chancelier et gens de notre conseil ordonné en Brabant, gouverneur de Limbourg, etc. *Il n'est revêtu, ni du paraphe du chancelier de Brabant, ni de la signature du greffier de ce con-*

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Substitution fidéicommissaire*, sect. 7, §. 3, art. 4, n° 8; et *Testament*, sect. 2, §. 3, art. 8.

Digitized by Google

seil, ni de son sceau. Cette interprétation du 2 novembre 1735, est donc, quant au Brabant, de la même catégorie que toutes ces interprétations très-nombreuses qui ont été données, soit par le souverain, soit par son conseil privé, sur divers autres articles de l'édit perpétuel. A défaut de PLACET, *elles n'étaient considérées que comme raison écrite, par le conseil de Brabant, pour cette province, celle de Limbourg et le pays d'outre Meuse; elles n'assujétissaient pas les juges du Brabant à s'y conformer comme lois, tandis que leur publication suffisait pour leur donner force de loi dans les autres provinces de la ci-devant Belgique.*

» Il importe peu, d'après cela, que le placard du 2 novembre 1735 soit inséré dans la collection des *placards du Brabant*, tome 7, page 87. Cette collection, ouvrage d'un simple particulier, ne donne par elle-même aucune autorité aux lois qu'elle renferme; et de ce que le placard du 2 novembre 1735 est compris dans cette collection, il ne s'ensuit nullement qu'il ait été revêtu par le conseil de Brabant, de la formalité indispensable du *placet*. Bien loin de là, de ce qu'il se trouve dans le recueil des placards du Brabant, tel qu'il est mot pour mot dans le recueil des *placards de Flandre*, on doit nécessairement conclure qu'à l'époque de son émanation, il n'en a pas été fait pour le Brabant un exemplaire spécial; qu'il n'a pas été originairement adressé aux chancelier et membres du conseil souverain de ce pays, et par conséquent qu'il n'a pas acquis, dans le Brabant, le caractère de loi.

» Mais après tout, admettons que le placard du 2 novembre 1735 fût, pour la cour d'appel de Bruxelles une loi dont il ne lui était pas permis de s'écarter, ou, ce qui revient au même pour le résultat, admettons que les lois romaines fussent, sur notre question, conformes à la décision de ce placard, quoique bien évidemment elles lui soient contraires; dans cette double hypothèse, ne trouverons-nous pas dans l'espèce sur laquelle a été rendu l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, une circonstance qui devrait, au besoin, couvrir, soit la violation du placard, soit la violation des lois romaines?

» Oui, Messieurs, cette circonstance existe; et quoique la cour d'appel de Bruxelles ne lui ait peut-être pas donné assez de développemens, elle l'a cependant indiquée. *Le père de la dame de Ligne*, a-t-elle dit, *n'a pas fait, postérieurement* à sa requête en restitution, *fruit de cette requête, comme il appert par ses conclusions prises au mois de mai* 1802. Et en effet, on voit, par les conclusions que le comte de Duras a prises dans son exploit du 4 mai 1802 (23 floréal an 10), non seulement qu'il n'a pas persisté, par cet exploit, dans la demande en restitution qu'il avait formée le 10 janvier 1775, mais encore qu'il s'en est désisté.

» Car il y a désistement d'une demande toutes les fois que, même sans l'abandonner littéralement, on en forme une qui la contrarie, comme il y a abrogation d'une loi, toutes les fois que, sans la prononcer en termes exprès, le législateur ordonne par une loi nouvelle le contraire de ce que porte la précédente.

» Or, il est impossible d'accorder les conclusions de l'exploit du 23 floréal an 10, avec les conclusions de la requête en restitution du 10 janvier 1775. Par celle-ci, le père de la dame de Ligne demandait qu'on le relevât de sa renonciation au testament de son aïeul, *auquel testament il déclare* (disait-il), *en ce cas*, c'est-à-dire, en cas qu'il obtînt la restitution en entier, *être prêt de se conformer en tout, nonobstant l'arrêt du* 22 *mai* 1765, DU PROFIT DUQUEL ARRÊT, *toujours en ce cas-là*, IL DÉCLARE SE DÉSISTER; et, par l'exploit du 23 floréal an 10, au contraire, il fait assigner les sieur et demoiselle d'Yves, *pour voir ordonner qu'il sera procédé en exécution des arrêts du conseil de Brabant, des* 22 *mai* 1765 *et* 18 *mai* 1772, *au partage des biens délaissés par Philippe-François Vander Noot....., et..... voir adjuger au demandeur les conclusions... répétées dans l'arrêt du* 22 *mai* 1765. Assurément le père de la dame de Ligne a bien rétracté par cet exploit, le désistement qu'il avait donné *du profit* de cet arrêt, par sa requête en restitution du 10 janvier 1775.

» Il a donc, par cela même, rétracté sa demande en restitution, puisqu'il n'avait formé sa demande en restitution que pour écarter les fins de non-recevoir qu'on aurait pu tirer contre lui de cet arrêt.

» La cour d'appel de Bruxelles a donc bien jugé, en repoussant, comme elle l'a fait, la demande en restitution formée par la requête du 10 janvier 1775.

» Le premier moyen de cassation de la dame de Ligne est donc sans fondement.

» Mais en déclarant qu'il avait été jugé par les arrêts des 22 mai 1765 et 22 novembre 1768, que les sieur et demoiselle d'Yves avaient droit au tiers des biens provenant de la dame d'Oyenbrugge, la cour d'appel de Bruxelles n'a-t-elle pas violé les lois relatives à l'exception de chose jugée; et en leur faisant délivrance de ce tiers, n'a-t-elle pas violé les lois

Digitized by Google

qui établissent un mur de séparation entre les biens libres et les biens grevés de substitution ?

» La demanderesse soutient l'affirmative, et c'est l'objet de son second, comme de son troisième moyen.

» Mais, sur l'un comme sur l'autre, nous dirons : de trois choses l'une :

» Ou les arrêts du conseil de Brabant des 22 mai 1765 et 22 novembre 1768 ont effectivement jugé qu'un tiers des biens de la dame d'Oyenbrugge était acquis aux sieur et demoiselle d'Yves ;

» Ou ils ont jugé que les sieur et demoiselle d'Yves n'y avaient aucun droit ;

» Ou ils n'ont rien prononcé là-dessus, et ils ont laissé la question intacte.

» Au premier cas, c'est-à-dire, s'ils ont jugé que les sieur et demoiselle d'Yves avaient droit au tiers de ces biens, il ne pouvait plus y avoir de contestation sur ces biens devant la cour d'appel de Bruxelles ; et la cour d'appel de Bruxelles a dû, comme elle l'a fait, ordonner le délaissement de ce tiers au profit des sieur et demoiselle d'Yves.

» Au second cas, c'est-à-dire, s'ils ont jugé que les sieur et demoiselle d'Yves n'avaient aucun droit à ce tiers, la cour d'appel de Bruxelles a rendu un arrêt directement contraire à ceux du conseil de Brabant; et quelle est la voie qui, dans cette hypothèse, est ouverte à la demanderesse ? Le recours en cassation ? Non, Messieurs ; le recours en cassation n'est ouvert, pour cause de contrariété d'arrêts rendus entre les mêmes parties, sur le même objet et d'après les mêmes moyens, que dans le cas où ces arrêts sont émanés de tribunaux différens ; et le recours en requête civile est le seul qui puisse atteindre un arrêt dont on se plaint sur le fondement qu'il est contraire à un autre arrêt précédemment émané du même tribunal, entre les mêmes parties, sur les mêmes moyens et pour le même objet. Les art. 480 et 504 du Code de procédure civile sont là-dessus très-formels.

» Or, ce n'est pas de tribunaux différens que sont émanés, d'une part, les arrêts des 22 mai 1765 et 22 novembre 1768 ; de l'autre, l'arrêt qui vous est en ce moment dénoncé ; c'est par le même tribunal que ces trois arrêts sont censés avoir été rendus ; car la cour d'appel de Bruxelles représente le conseil de Brabant; elle en tient la place, elle lui est subrogée, elle ne fait avec lui, dans le sens des articles cités du Code de procédure, qu'une seule et même cour de justice.

» Le recours en cassation de la dame de Ligne doit donc être rejeté, par fin de non recevoir, dans cette seconde hypothèse, comme il doit l'être dans la première (1).

» Au troisième cas, c'est-à-dire, si les arrêts des 22 mai 1765 et 22 novembre 1768 n'ont ni accueilli ni repoussé la prétention des sieur et demoiselle d'Yves au tiers des biens provenant de la dame d'Oyenbrugge, s'ils ont laissé la question absolument indécise, nous devons faire abstraction des motifs de l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, du 31 août 1808 ; nous devons nous attacher au seul dispositif de cet arrêt; nous devons examiner, si, dans son dispositif, cet arrêt n'est pas parfaitement conforme aux principes du droit romain, à ces principes qu'on lui reproche d'avoir méconnus et violés.

» Quelle est la nature de la substitution établie par le codicille de la dame d'Oyenbrugge, du 13 mars 1717 ? Cette substitution est-elle pure et simple, ou, en d'autres termes, la dame d'Oyenbrugge est-elle censée avoir dit : *Je charge mon mari de conserver et de rendre à mes enfans la fortune que je lui laisse ?* Ou bien est-elle conditionnelle, et, en d'autres termes, la dame d'Oyenbrugge est-elle censée avoir dit : *J'appelle mes enfans à la fortune que je laisse à mon mari, en cas qu'il en dispose au profit d'un étranger?*

» Si la substitution est pure et simple, les biens qui en sont l'objet, n'ont sans doute jamais fait partie de la succession de Philippe-François Vander Noot ; et sans doute, ils ne sont pas compris dans la promesse que Philippe-François Vander Noot a faite à la dame d'Yves, en la mariant, de lui conserver, *dans sa succession*, la portion qu'elle devrait y prendre *ab intestat*.

» Mais le tiers n'en est pas moins acquis à la dame d'Yves, représentée aujourd'hui par ses enfans ; mais la cour d'appel de Bruxelles n'en a pas moins bien jugé en déclarant ce tiers acquis aux enfans de la dame d'Yves : pourquoi? Parceque, si la dame d'Yves n'a pas eu droit à ce tiers, comme héritière contractuelle de son père, elle y a eu droit comme substituée fidéicommissairement à celui-ci.

» Et en effet, il est certain que, lorsque plusieurs personnes sont purement et simplement appelées ensemble à une substitution, il n'est pas au pouvoir du grevé d'en

(1) En m'expliquant ainsi, j'ai supposé que la dame de Ligne n'avait pas, devant la cour d'appel de Bruxelles, excipé des arrêts de 1765 et 1768, comme jugeant que les sieur et demoiselle d'Yves n'avaient aucun droit au tiers des biens de la dame d'Oyenbrugge; car, si elle en eût excipé, et que la cour d'appel eût rejeté son exception, il n'aurait pas été douteux que son recours en cassation ne fût recevable. V. l'article *Chose jugée*, §. 2 *bis*.

Digitized by Google

gratifier l'une au préjudice des autres, et que toutes doivent venir par têtes à un partage égal. Cela est si vrai que, même dans le cas où le testateur a appelé collectivement sa *famille* à une substitution pure et simple, le grevé ne peut pas choisir, dans cette famille, un parent pour recueillir la substitution exclusivement aux autres parens; et qu'il est obligé de laisser les biens à tous ceux qui composent la famille dans les plus prochains degrés. *Si le fidéicommis est pur et simple* (dit Ricard, *Traité des substitutions*, chap. 7, part. 1), *et fait en termes exprès et dispositifs de la famille, il ne dépend, en façon quelconque, de celui qui est chargé de restituer, de favoriser l'un au préjudice de l'autre; et comme la famille en général est expressément appelée, il ne peut pas y avoir d'autre prérogative entre ceux qui la composent, que celui du degré: de sorte que ceux qui sont dans le degré le plus proche de la famille, viennent tous également, en ce cas, à la substitution.*

» Et telle est, comme l'observe Ricard, la décision expresse de la loi 32, §. 6, D. *de legatis 2°*: *in fideicommisso quod familiæ relinquitur, ii ad petitionem ejus admitti possunt, qui nominati sunt, aut post eos omnes extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore quo testator moreretur, et qui ex his primo gradu procreati sunt, nisi specialiter defunctus ad ulteriores voluntatem suam extenderit.*

» De là, l'arrêt du parlement de Grenoble, du 16 décembre 1529, rapporté par Chorier, dans sa *Jurisprudence de Guy-Pape*, tit. 3, sect. 3, art. 6, et par lequel il a été jugé *qu'un père étant chargé d'un fidéicommis envers ses enfans collectivement, ne peut nommer et choisir l'un d'eux pour le recueillir au préjudice des autres.*

» Nous pouvons donc le répéter avec confiance, si c'est d'une substitution pure et simple que la dame d'Oyenbrugge a grevé Philippe-François Vander Noot; si la disposition de la dame d'Oyenbrugge doit être entendue dans le même sens que si elle eût dit: *Je charge mon héritier institué de conserver et de rendre ma succession à mes enfans*, Philippe-François Vander Noot n'a pu disposer, au préjudice de la dame d'Yves, d'aucune partie de cette succession; et la dame d'Yves, tout en prenant le tiers des biens de Philippe-François Vander Noot, *vi contractus*, en qualité d'héritière contractuelle, a pu et dû prendre le tiers des biens de la dame d'Oyenbrugge *vi fideicommissi*, en qualité de substituée.

» Voulons-nous, au contraire, regarder la substitution établie par la dame d'Oyenbrugge comme conditionnelle, comme subordonnée à l'éventualité de dispositions à faire par Philippe-François Vander Noot au profit d'étrangers, en un mot, comme si la dame d'Oyenbrugge eût dit: *En cas que mon mari dispose au profit d'étrangers, des biens que je lui laisse, j'appelle mes enfans à ces biens?* Alors, la dame d'Yves devra prendre le tiers de ces biens, non plus *vi fideicommissi*, mais *vi contractûs*; alors ces biens seront reputés avoir toujours fait partie du patrimoine de Philippe-François Vander Noot; et Philippe-François Vander Noot ayant assuré à la dame d'Yves, en la mariant, le tiers de sa succession future, lui aura, par cela seul, assuré le tiers des biens que la dame d'Oyenbrugge lui avait laissés? Pourquoi? Parceque la condition de laquelle dépendait la substitution créée par la dame d'Oyenbrugge, n'est pas arrivée; parceque Philippe-François Vander Noot n'a disposé au profit d'étrangers d'aucune partie des biens qui ne se trouvaient substitués que pour le cas où des étrangers en auraient été gratifiés par ses dispositions; parcequ'à défaut de disposition de sa part au profit d'étrangers, la substitution ne s'est jamais réalisée; parceque la substitution ne s'étant jamais réalisée, étant toujours restée conditionnelle, Philippe-François Vander Noot a toujours possédé comme *siens*, jamais comme *substitués*, les biens que la dame d'Oyenbrugge lui avait transmis; parceque l'inaccomplissement, comme l'accomplissement, des conditions testamentaires ayant toujours un effet rétroactif au décès du testateur, Philippe-François Vander Noot s'est trouvé, en mourant, par rapport aux biens que lui avait transmis la dame d'Oyenbrugge, dans le même état que si la dame d'Oyenbrugge les lui eût laissés purement et simplement; parceque, dès-lors, il est censé avoir possédé ses biens comme libres, au moment où il a marié la dame d'Yves, et conséquemment les avoir compris, pour un tiers, dans l'institution par laquelle il a appelé contractuellement la dame d'Yves à sa propre succession.

» Il importe peu, d'après cela, d'examiner dans laquelle de ces deux hypothèses se trouve la substitution dont il s'agit: il importe peu d'examiner si cette substitution est, ou pure et simple, ou conditionnelle, puisque, dans l'une comme dans l'autre hypothèse, la dame d'Yves aura toujours droit, quoiqu'à des titres différens, au tiers des biens de la dame d'Oyenbrugge; puisque, dans l'une comme dans l'autre hypothèse, la cour d'appel de Bruxelles aura toujours bien jugé.

» Nous dirons cependant que, de ces deux

Digitized by Google

hypothèses, c'est à la seconde que l'on doit se tenir ; et c'est une vérité facile à démontrer.

» La dame d'Oyenbrugge n'a pas dit purement et simplement : *Je charge mon mari de restituer à mes enfans les biens que je lui laisse* ; mais elle a dit : *Je défends à mon mari de disposer des biens que je lui laisse, au préjudice de mes enfans.*

» Si elle s'était bornée à dire, *je défends à mon mari de disposer des biens que je lui laisse*, sa prohibition eût été sans effet ; car la simple défense d'aliéner, de disposer, est nulle ; elle n'est valable qu'autant qu'elle est faite en faveur des personnes désignées par le testateur ; et alors, ces personnes sont censées substituées en cas que l'aliénation ou la disposition prohibée par le testateur, ait lieu. Alors par conséqnent, il y a, de la part du testateur, non pas une substitution pure et simple, mais une substitution conditionnelle.

» C'est ce qu'établit parfaitement Ricard, à l'endroit cité, n° 340 :

» *Encore que nous ayons dit ci-dessus* (ce sont ses termes) *que la prohibition d'aliéner vaut fidéicommis, pourvu qu'il paraisse suffisamment en faveur de qui le défunt a eu intention de le faire, soit que la disposition soit expresse, ou seulement par énonciation ; il faut pourtant prendre garde qu'il y a grande différence entre ces deux espèces.*

» *Si la disposition est expresse, et que le testateur, après avoir défendu au légataire l'aliénation des choses qu'il lui a données, ait formellement déclaré, en termes dispositifs, qu'il entendait qu'elles passassent à sa famille, à ses descendans, ou en autres termes à peu près semblables qui aient le même effet, pour lors la substitution est pure et simple en faveur de ceux qui y sont appelés, lesquels doivent la recueillir après la mort de celui qui est chargé, soit qu'il aliène les biens qui lui ont été donnés, soit qu'il les conserve, parcequ'en ce cas, la disposition en faveur des fidéicommissaires, subsiste d'elle-même, et est distincte de la prohibition d'aliéner : de sorte que l'une ne peut pas servir de condition à l'autre ; et conséquemment le fidéicommis ne laisse pas de subsister, quoique le légataire n'aliène pas ; la prohibition n'étant considérée, dans cette espèce, que comme une confirmation de la disposition.*

» *Que, si la disposition n'est pas expresse, mais que le fidéicommis soit présumé, et vienne seulement par la conséquence des termes dont s'est servi le testateur dans la prohibition d'aliéner, soit par la forme d'énonciation ou de raison, comme s'il a dit*, je défends d'aliéner hors de la famille, *ou* je défends d'aliéner, afin de conserver l'héritage légué dans la famille, *pour lors, comme le fidéicommis se rencontre principalement dans la prohibition, et que l'un est joint avec l'autre, il s'ensuit nécessairement que la prohibition sert de condition au fidéicommis, et qu'il ne doit conséquemment avoir lieu qu'en cas que le légataire aliène et qu'il contrevienne à la défense que lui a faite le testateur.*

» Ricard cite à l'appui de cette doctrine, la loi 69, §. 3, D. *de legatis* 2° ; la loi 77 et la loi 114, §. 17, D. *de legatis* 3° ; la loi 14, D. *Ad legem falcidiam ;* et la loi 4, C. *de fideicommissis.*

» Thevenot d'Essaule enseigne la même chose dans son *Traité des Substitutions fidéicommissaires*, chap. 59 : *Quand le fidéicommis* (dit-il) *est fait par cette simple défense d'aliéner hors de la famille, est-il pur ou conditionnel ? Il est facile de voir que le fidéicommis alors est conditionnel, n'étant fait que pour un cas futur et incertain, qui est le cas d'aliénation hors de la famille. Ce fidéicommis n'aura donc effet et ne s'ouvrira, qu'autant que le grevé disposerait au profit d'étrangers..... C'est ce que les docteurs appellent* FIDEICOMMISSUM IN CASU CONTRA-ACTIONIS, ou CONTRA-FACTIONIS.

» Donc-Philippe-François Vander Noot n'a été grevé de fidéicommis par son épouse, que sous une condition qui ne s'est point acccomplie ; donc il est censé n'en avoir pas été grevé ; donc les biens de son épouse sont tombés dans sa propre succession ; donc il en appartient un tiers à la dame d'Yves, comme héritière contractuelle de Philippe-François Vander Noot.

» Ces conséquences sont assez évidentes par elles-mêmes : une comparaison va les mettre dans un nouveau jour.

» Il en est du fidéicommis subordonné à la condition, *si le grevé dispose au profit d'étrangers*, comme du fidéicommis subordonné à la condition, *si le grevé meurt sans enfans.*

» Or, si, étant institué héritier avec la charge de conserver la succession et de la rendre à Pierre, en cas que je meure sans enfans, j'aliène les biens de la succession, et que je laisse des enfans à ma mort, très-certainement l'aliénation sera valable, parcequ'elle sera censée avoir eu pour objet, dès son principe, des biens dont j'étais propriétaire absolu. Par la même raison, si, dans cette position, j'institue l'un de mes enfans, par son contrat de mariage, héritier dans une moitié, dans un tiers ou dans un quart de ma succession future, et que mon enfant vienne à me survivre, très-certainement dans cette

Digitized by Google

institution entrera la moitié, le tiers ou le quart des biens que le testateur m'avait laissés avec la charge de les restituer à Pierre en cas que je mourusse sans enfans, parcequ'au moyen de l'inaccomplissement de la condition de laquelle dépendait cette charge, cette charge est censée n'avoir jamais pesé sur ces biens, parceque ces biens sont censés m'avoir appartenu librement, dès l'époque où j'ai fait institution contractuelle.

» Et pourquoi n'en serait-il pas de même dans notre espèce? La condition, *si mon héritier institué dispose au profit d'étrangers*, ne ressemble-t-elle pas, à cet égard, en tout point, à la condition, *si mon héritier institué meurt sans enfans;* et si, par l'effet de l'inaccomplissement de celle-ci, la substitution est censée n'avoir jamais existé, l'inaccomplissement de celle-là ne doit-elle pas également la faire considérer comme non écrite?

» Disons donc que, si la cour d'appel de Bruxelles avait pu regarder les arrêts des 22 mai 1765 et 22 novembre 1768 comme muets sur la prétention de la dame d'Yves au tiers des biens provenant de la dame d'Oyenbrugge, elle aurait dû statuer sur cette prétention comme elle a jugé que ces arrêts y avaient statué eux-mêmes; elle aurait dû accueillir cette prétention comme elle a jugé que ces arrêts l'avaient accueillie; et que par conséquent la dame de Ligne est sans intérêt dans la critique qu'elle fait de l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, sous le rapport des règles concernant l'exception de chose jugée.

» Mais nous devons aller plus loin encore; nous devons dire que, quand même les arrêts des 22 mai 1765 et 22 novembre 1768, entendus dans le sens que leur donne celui de la cour d'appel de Bruxelles, ne seraient pas aussi bien calqués qu'ils le sont réellement sur les vrais principes de la matière; quand même il nous paraîtrait évident que la question aurait dû être jugée en 1765 et en 1768, d'une manière diamétralement opposée à celle dont l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles décide qu'elle l'a été à ces époques, l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles ne pourrait encore être cassé, ni comme ayant appliqué faussement l'exception, ni comme ayant violé l'autorité de la chose jugée.

» Et effectivement, Messieurs, qu'aurait fait, dans cette supposition, la cour d'appel de Bruxelles? Elle aurait donné aux deux arrêts dont il s'agit, l'interprétation qui lui aurait paru la plus conforme et à leur texte et aux circonstances dans lesquelles ils ont été rendus; elle n'aurait par conséquent fait qu'user du droit qui lui appartenait essentiellement de fixer le sens dans lequel doivent être entendus ces arrêts; et par conséquent encore, nulle ouverture, de ce chef, à la cassation de l'arrêt qu'elle a rendu elle-même.

» Inutilement, en effet, la demanderesse, tout en soutenant que la dame d'Yves n'était point partie dans l'arrêt du 22 mai 1765, cherche-t-elle à faire ressortir le soin avec lequel cet arrêt distingue, par rapport aux enfans de Philippe-Louis-Joseph Vander Noot, les biens personnels de Philippe-François Vander Noot, leur aïeul, de ceux qu'il avait recueillis en vertu du testament et du codicille de la dame d'Oyenbrugge, son épouse. Inutilement cherche-t-elle à conclure de cette distinction, uniquement relative aux enfans de Philippe-Louis-Joseph Vander Noot, que l'arrêt du 22 mai 1765, dans lequel on la trouve écrite, n'a pas pu confondre, par rapport à la dame d'Yves, les biens provenant de la dame d'Oyenbrugge, avec les biens personnels de Philippe-François Vander Noot.

» 1° Il n'est pas vrai que la dame d'Yves n'ait point été partie dans l'arrêt du 22 mai 1765; et cet arrêt prouve lui-même le contraire par la manière dont il débute : *Vu au conseil souverain ordonné en Brabant* (porte-t-il), *la requête y présentée, le 15 mars 1766, par les supplians* (c'est-à-dire, par le tuteur des enfans mineurs de Philippe-Louis-Joseph Vander Noot, et la baronne d'Anweghem, leur sœur), *conjointement avec Anne-Philippe Vander Noot, douairière, comtesse d'Yves.....*

» 2° On ne peut du moins nier que la dame d'Yves n'ait été partie dans l'arrêt du 22 novembre 1768, puisque c'est sur sa propre requête qu'il a été rendu, après que ses adversaires s'étaient laissés forclore.

» 3° On peut encore moins disconvenir que, dans la requête sur laquelle a été rendu l'arrêt du 22 novembre 1768, la dame d'Yves parlait des biens provenant de la dame d'Oyenbrugge, comme ne formant qu'un seul patrimoine avec les biens personnels de Philippe-François Vander Noot; et si, de là, comme on n'en peut douter, il résulte que, dans les conclusions qu'elle a prises à la suite de cette requête, la dame d'Yves a entendu, en demandant le tiers de la *succession* de Philippe-François Vander Noot, demander le tiers des biens provenant de la dame d'Oyenbrugge; on peut bien aussi en conclure, sans aller contre le texte formel de cet arrêt, que le conseil de Brabant a entendu, par cet arrêt, adjuger à la dame d'Yves le tiers des biens provenant de la dame d'Oyenbrugge,

Digitized by Google

en même temps que le tiers des biens provenant de Philippe-François Vander Noot.

» 4° Rien de plus insignifiant ici que la distinction que fait l'arrêt du 22 mai 1765, relativement aux enfans de Philippe-Louis-Joseph Vander Noot, entre les biens personnels de Philippe-François Vander Noot, et les biens provenant de la dame d'Oyenbrugge. Les enfans de Philippe-Louis-Joseph Vander Noot étaient, par rapport aux biens provenant de la dame d'Oyenbrugge, dans une position totalement distincte de celle où se trouvait la dame d'Yves.

» Ces biens étaient, relativement aux enfans de Philippe-Louis-Joseph Vander Noot, liés d'un véritable fidéicommis. La transaction du 30 janvier 1742 les avait reconnus grevés de ce lien, dans la personne de leur aïeul, en faveur de leur père, et dans la personne de leur père en leur faveur. Il était donc bien naturel, il était même nécessaire de distinguer, à leur égard, dans l'arrêt du 22 mai 1765, les droits qu'ils avaient comme héritiers fidéicommissaires reconnus par transaction, aux biens provenant de la dame d'Oyenbrugge, des droits qu'ils avaient, comme légitimaires, aux biens personnels de Philippe-François Vander Noot.

» Relativement à la dame d'Yves, au contraire, les biens provenant de la dame d'Oyenbrugge, n'avaient été grevés que d'une substitution conditionnelle et dont la condition avait failli; ils étaient conséquemment censés n'avoir jamais été grevés de cette substitution; ils étaient conséquemment censés avoir toujours existé dans les mains de Philippe-François Vander Noot, comme parties intégrantes de son patrimoine libre; ils étaient conséquemment censés compris dans la promesse que Philippe-François Vander Noot avait faite à la dame d'Yves, en la mariant, de lui conserver sa portion *ab intestat* dans sa *succession*.

» Dans ces circonstances et par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête de la demanderesse, et de la condamner à l'amende ».

Arrêt du 7 septembre 1809, au rapport de M. Ruperou, par lequel,

« Attendu, sur le premier moyen, qu'il résulte des erremens de la procédure, que le père de la demanderesse en cassation a renoncé à sa demande de relièvement, ainsi que l'a décidé l'arrêt attaqué;

» Attendu, sur les second et troisième moyens, que la cour d'appel de Bruxelles, en accordant aux sieur et demoiselle d'Yves, le tiers des biens provenant de la dame d'Oyenbrugge, leur aïeule, n'a fait qu'une juste application des arrêts du conseil de Brabant et des titres;

» La cour rejette le pourvoi..... ».

§. XI. *Avant la loi du 17 nivôse an 2, les biens que le défunt avait recueillis comme dernier appelé à une Substitution fidéicommissaire fondée par un parent collatéral, devaient-ils, dans la coutume du chef-lieu de Mons, se partager dans sa succession comme propres ou comme acquêts?*

V. le plaidoyer et l'arrêt du 2 germinal an 9, rapportés à l'article *Condition de manbournie*, §. 1.

§. XII. 1° *Peut-il être statué aujourd'hui, sans conclusions du ministère public, sur les contestations qui dérivent des substitutions abolies par la loi du 14 novembre 1792?*

2° *Sous l'ordonnance du mois d'août 1747, les substitués étaient-ils tenus, pour pouvoir évincer les tiers-acquéreurs, de se faire envoyer en possession, même dans le cas où ils recueillaient librement la substitution?*

3° *Un tiers-acquéreur peut-il encore aujourd'hui, comme sous l'ordonnance du mois d'août 1747, opposer au substitué qui le poursuit en éviction, le défaut d'envoi en possession préalable?*

Le premier août 1722, contrat de mariage par lequel Alphonse-Ferdinand-François de Hamal, l'un des futurs époux, se constitue en dot sa terre de Vierves, située dans le pays de Liége, et déclare « que tous ses biens im» meubles, tant féodaux, censaux, qu'allo» diaux, de même que toute sa vaisselle d'or » et d'argent, seront et demeureront charges » et vinculés de fidéicommis réel, graduel et » perpétuel, en faveur de ses fils, petits-fils » et arrière-petits-fils, ne soit qu'il trouve à » propos d'en disposer autrement, de quoi » il se réserve la faculté ».

Le 25 octobre 1756, il fait son testament; et en instituant Philippe-Maximilien-Alphonse de Hamal, son fils aîné, héritier de sa terre de Vierves, il le charge expressément « de se conformer en tout et partout au fidéi» commis masculin, réel, graduel et perpétuel, » établi par le susdit contrat de mariage ».

Philippe-Maximilien-Alphonse de Hama recueille, en effet, la terre de Vierves, et en jouit jusqu'à sa mort.

Digitized by Google

Il laisse deux enfans, Philippe et Benoît. La terre de Vierves est transmise sans difficulté à Philippe.

Le 5 décembre 1780, Philippe, n'ayant point d'enfans ni d'espérance d'en avoir, passe devant notaire, à Liége, un acte par lequel, du consentement de son frère Benoît, il adopte Ferdinand, l'aîné des enfans de celui-ci, et l'institue « son héritier, comme son » propre enfant, de tous ses biens immeu- » bles, acquêts et conquêts présens; le tout » pour et en faveur du mariage à conclure » par ledit seigneur Ferdinand, du gré et » consentement des deux seigneurs, pères » adoptif et légitime ».

Le 26 mai 1781, contrat de mariage entre Ferdinand de Hamal et la demoiselle d'Horion, nièce du prince régnant de Liége. Philippe de Hamal, oncle et père adoptif du futur époux, n'y paraît pas, mais l'acte d'adoption est énoncé dans l'acte, et il y est *joint*.

Le 5 mars 1784, décès de Philippe de Hamal, oncle et père adoptif de Ferdinand.

Le 17 du même mois, Ferdinand se présente devant un notaire à Huy, « et considé- » rant la lésion énormissime qui lui résulte- » rait des effets de l'acte d'adoption du 5 » décembre 1780, auquel il n'a alors ac- » quiescé que par esprit de déférence pen- » dant sa minorité, sans connaissance aucune » des affaires du seigneur adoptant, déclare » renoncer audit acte et ne lui vouloir don- » ner aucune suite; déclare de plus renoncer » à la succession mobilière dudit feu seigneur » adoptant, se réservant néanmoins de faire » valoir et exercer tous titres et droits qui » peuvent lui compéter à la charge de ladite » succession ».

Le 12 mai 1789, décès de Ferdinand de Hamal, laissant trois enfans en minorité, sous la tutelle de leur mère.

Le 9 vendémaire an 4, le pays de Liége est réuni à la France.

Quelques mois après, la loi du 15 novembre 1792, portant abolition des Substitutions fidéicommissaires, y est publiée.

Le 28 germinal an 11, la veuve de Ferdinand de Hamal, en qualité de tutrice de Charles François, son fils aîné, fait assigner Benoît de Hamal, son beau-père, devant le tribunal civil de Rocroy, « pour voir dire et » ordonner que, tant le contrat de mariage » de la requérante avec son défunt mari, » passé pardevant Jacques, notaire à Liége, » présens témoins, le 26 mai 1781, que l'acte » d'adoption fait en faveur dudit défunt par » Philippe-Alphonse-Maximilien-Joseph- » Guislain de Hamal, son oncle, et du con- » sentement de l'assigné, passé devant le » même notaire, présens témoins, le 5 dé- » cembre 1780, seront exécutés selon sa » forme et teneur; en conséquence, sans » s'arrêter ni avoir égard au prétendu acte de » renonciation à ladite adoption, faite par » sondit défunt mari, par autre acte reçu » par Anceau, notaire, aussi présens té- » moins, le 13 mars 1784, lequel sera dé- » claré nul et de nul effet, que la totalité » des biens immeubles, tant ceux étant alors » libres, que ceux alors fidéicommissés, » possédés et délaissés à son décès par Phi- » lippe-Alphonse-Maximilien-Joseph-Guis- » lain de Hamal, appartiennent en propriété » à sondit fils, comme ayant succédé aux » droits acquis à son père le 12 mai 1789, aux » termes de la législation lors existante, » *sauf l'usufruit* des deux tiers en faveur de » l'assigné ».

Pendant l'instruction, Charles-François de Hamal atteint sa majorité; il intervient personnellement dans l'instance, et poursuit contre son aïeul l'action intentée par sa mère.

Le 27 floréal an 12, jugement qui, « sans » s'arrêter ni avoir égard à l'acte de renon- » ciation du 13 mars 1784, lequel est déclaré » nul et comme non-avenu, ordonne que » l'acte d'adoption ci-dessus daté sera exé- » cuté selon sa forme et teneur, sauf les mo- » difications stipulées par le contrat de ma- » riage du 26 mai 1781, lequel sera aussi » exécuté selon sa forme et teneur; en con- » séquence, déclare que la totalité des biens » immeubles, tant de ceux étant alors libres, » que de ceux alors grevés de fidéicommis, » qui étaient possédés et ont été délaissés à » son décès par Philippe-Alphonse-Maximi- » lien-Joseph-Guislain de Hamal, appartient » en propriété au demandeur, *sauf seulement* » *l'usufruit* et jouissance des deux tiers à » Benoît de Hamal ».

Le 2 fructidor suivant, Benoît de Hamal appelle de ce jugement: il meurt le 12 août 1807. Sa veuve et ses enfans, frères et sœurs puînés de Ferdinand, reprennent l'instance.

Le 22 juillet 1809, arrêt de la cour d'appel de Metz, rendu *sans conclusions du ministère public*, qui, « au principal, renvoie les ap- » pelans des demandes originaires formées » par Charles-François de Hamal, intimé, » contre Benoît de Hamal, leur père et » mari, sauf les droits de l'intimé dans la suc- » cession dudit Benoît de Hamal, son aïeul, » dont l'exercice lui est réservé; les défenses » contraires réservées aux appelans ».

Digitized by Google

Charles-François de Hamal se pourvoit en cassation contre cet arrêt.

« Quatre moyens de cassation (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 23 août 1810) vous sont proposés dans cette affaire.

» Et d'abord, disent les demandeurs, en statuant sur l'appel de Benoît de Hamal, sans conclusions préalables du ministère public, la cour d'appel de Metz a violé les lois qui veulent que le ministère public soit entendu sur toutes les affaires dans lesquelles il s'agit, soit de Substitutions fidéicommissaires, soit d'adoptions, ou qui intéressent l'*ordre général*.

» Le succès de ce premier moyen est subordonné à trois questions :

» 1° L'art. 49 du tit. 2 de l'ordonnance de 1747 était-il, dans l'espèce, obligatoire pour la cour d'appel de Metz ?

» 2° De ce que les art. 354, 355 et 356 du Code civil veulent que le ministère public soit entendu sur les demandes en permission d'adopter, s'ensuit-il que la cour d'appel de Metz n'a pas pu prononcer, sans conclusions du ministère public, sur les effets de l'acte d'adoption du 5 décembre 1780 ?

» 3° En prononçant à la fois sur les effets de cet acte, et sur ceux de la substitution créée par le contrat de mariage du 1er août 1722 et le testament du 25 octobre 1756, la cour d'appel de Metz a-t-elle jugé des questions d'*ordre général* ?

» Sur le premier point, il semblerait d'abord que l'on pût écarter la disposition de l'art. 49 du tit. 2 de l'ordonnance de 1747, par la seule considération que cette ordonnance n'a jamais eu force de loi dans le pays de Liége. En effet, c'est dans le pays de Liége que sont situés les biens litigieux; c'est dans le pays de Liége qu'était domicilié et qu'est mort le dernier possesseur de ces biens ; c'est dans le pays de Liége que sont domiciliées toutes les parties. Et à la première vue, il paraîtrait que les lois du pays de Liége dussent seules régler la forme dans laquelle a dû être jugée la contestation dont il s'agit.

» Mais prenons-y garde : il n'en est pas, dans un procès, de la forme d'instruire et de juger, comme du fond du droit. Le fond du droit dépend toujours de la loi du pays où le procès a pris naissance ; mais la forme d'instruire et de juger ne dépend que de la loi du pays où l'on plaide. *Communis est omnium sententia* (dit Aufrerius, sur l'ancien style du parlement de Paris, chap. 2, *de adjornamentis*), *ut serventur consuetudines et leges fori, cùm quæritur de ordinandâ lite*. Ainsi, poursuit le même auteur, *si in foro actoris est una* (*forma*), *in foro rei alia, et in foro judicis alia, servabitur consuetudo fori in quo agitur*.

» Or, que des conclusions du ministère public soient ou ne soient pas nécessaires dans le jugement d'un procès, cela tient uniquement à la forme d'instruire et de juger ; cela ne peut par conséquent dépendre que de la loi du lieu où le procès s'instruit et se juge. Et dès-là, il est clair que, si la disposition de l'ordonnance de 1747 qui voulait que le ministère public fût entendu dans toutes les contestations relatives aux Substitutions fidéicommissaires, avait encore force de loi dans l'ancien territoire français, à l'époque où a été rendu l'arrêt attaqué, la cour d'appel de Metz a dû se conformer à cette disposition, ni plus ni moins que si les biens litigieux étaient situés dans l'ancien territoire français, et que les parties y eussent leur domicile.

» Mais la disposition de l'ordonnance de 1747 n'était-elle pas abrogée à l'époque où a été rendu l'arrêt que vous dénonce aujourd'hui le demandeur ? Oui, sans doute, elle l'était et depuis long-temps.

» D'une part, la loi du 24 août 1790 avait fixé les cas où les officiers du ministère public devaient à l'avenir être entendus, et n'y avait pas compris celui où il serait question de Substitutions fidéicommissaires. *Ils seront entendus*, avait-elle dit, tit. 8, art. 3, dans toutes *les causes des pupilles, des mineurs, des interdits, des femmes mariées, et dans celles où les propriétés et les droits, soit de la nation, soit d'une commune, seront intéressés ; ils seront chargés, en outre, de veiller pour les absens indéfendus*.

» D'un autre côté, si l'art. 49 du tit. 2 de l'ordonnance de 1747 avait pu survivre à la loi du 24 août 1790, elle aurait du moins été abrogée par la loi du 14 novembre 1792. En abolissant les Substitutions fidéicommissaires, la loi du 14 novembre 1792 avait nécessairement rendu sans objet la disposition par laquelle le législateur avait ordonné, en 1747, qu'il ne pourrait *être rendu aucun jugement sur ce qui* concernait *les Substitutions fidéicommissaires, que sur les conclusions du ministère public*.

» Quels avaient été les motifs de cette disposition ? Écoutons Sallé sur l'article cité de l'ordonnance dont il s'agit :

» *On ne peut rendre régulièrement aucun jugement où le roi, le public, l'église et les mineurs soient intéressés, sans le concours du*

Digitized by Google

ministère public. Notre article assujétit à la même formalité les jugemens concernant les Substitutions fidéicommissaires. Deux raisons paraissent y avoir déterminé le législateur.

» *Premièrement, les précautions que l'ordonnance a prises pour la sûreté et la stabilité des substitutions, et les règles qu'elle a prescrites à cet effet, font maintenant une portion du droit public, qui intéressant essentiellement le repos et la conservation générale des familles, exige par cette raison l'attention du ministère public.*

» *En second lieu, il pourrait être dangereux de laisser le possesseur actuel des biens substitués, seul maître de diriger les actions concernant la substitution. N'ayant qu'une jouissance momentanée, peut-être un plus grand intérêt pourrait l'engager à sacrifier les droits de ceux qui sont appelés après lui, s'il n'avait un surveillant capable de veiller sur sa conduite, et d'arrêter les effets de sa mauvaise volonté. Et si l'état d'impuissance où sont les mineurs, et la crainte que leurs intérêts ne fussent trahis par ceux mêmes qui sont chargés de les défendre, ont donné lieu de régler que les contestations où ils sont intéressés, ne peuvent être jugées sans le ministère public, à combien plus forte raison a-t-on dû exiger la même formalité pour les substitutions, où souvent ceux qui doivent recueillir après le grevé, ne sont point encore nés, ou du moins ne peuvent agir jusqu'à ce que leur droit soit ouvert.*

» Or, de ces deux motifs, le premier a évidemment cessé par l'abolition des Substitutions fidéicommissaires. *La sûreté et la stabilité* de ces dispositions n'a plus dû occuper, il est même impossible qu'elle ait encore occupé le législateur, alors qu'il prohibait ces dispositions elles-mêmes, alors qu'il les abolissait même pour le passé. Les règles que le législateur avait prescrites pour la garantie de cette *sûreté*, de cette *stabilité*, ont donc, dès-lors, cessé de faire *une portion du droit public*. Le ministère public a donc dû, dès-lors, demeurer étranger à l'observation de ces règles.

» Il en est de même du second motif. La loi du 14 novembre 1792 ne laissant subsister d'action que pour les substitutions ouvertes à l'époque de sa publication, il ne pouvait plus être à craindre que l'on sacrifiât les droits non encore ouverts des substitués; il n'y avait donc plus aucune raison de placer sous la surveillance du ministère public des actions qui ne pouvaient plus intéresser que la personne même à laquelle l'exercice en appartenait.

» C'est donc ici le cas de la maxime, *ratione legis cessante, cessat lex*. L'art. 49 du tit. 2 de l'ordonnance de 1747 aurait donc été abrogé par la loi du 14 novembre 1792, si déjà il ne l'eût été par la loi du 24 août 1790.

» Et vainement chercherait-on à nous opposer l'arrêt de la section civile du 3 janvier dernier, qui a jugé, au rapport de M. Boyer, qu'un tiers-acquéreur peut encore aujourd'hui, comme avant la loi du 14 novembre 1792, exciper contre le substitué qui le poursuit en éviction, du défaut d'envoi en possession préalable. Fixons-nous bien sur l'espèce de cet arrêt.

» Une substitution créée par un testament du 2 juin 1755, s'ouvre en 1790 au profit du sieur Dubouzet.

» Le 30 novembre de la même année, le sieur Dubouzet obtient, non du juge de la situation des biens, mais de celui du domicile de l'héritier grevé, une ordonnance d'envoi en possession; et il l'obtient sans avoir joint à sa requête les pièces qui, aux termes de l'art. 35 du tit. 2 de l'ordonnance de 1747, doivent y être jointes et même visées, à peine de nullité.

» En 1805, le sieur Dubouzet prétend évincer le sieur Dijon de la terre de Podenas, qui avait été vendue par décret, en 1769, sur l'héritier grevé, et qu'un arrêt de 1768 avait jugé, contradictoirement avec l'héritier grevé, ne pas faire partie des biens frappés de la substitution. Dans cette vue, il forme une tierce-opposition à l'arrêt d'adjudication de 1769, et il prend une requête civile contre celui de 1768.

» Le sieur Dijon lui répond qu'il est non-recevable, et il se fonde sur l'art. 40 du tit. 1er de l'ordonnance de 1747, lequel est ainsi conçu : *Le fidéicommissaire, même à titre universel, ne sera point saisi de plein droit. Mais il sera tenu d'obtenir la délivrance ou la remise du fidéicommis...., sans qu'il puisse évincer les tiers-possesseurs des biens compris dans la substitution, qu'après avoir obtenu ladite délivrance ou remise, et après avoir satisfait à ce qui sera prescrit par les art.* 35, 36 *et* 37 *du tit.* 2 *de la présente ordonnance.* D'après cet article, disait le sieur Dijon au sieur Dubouzet, vous deviez obtenir, avant de pouvoir m'actionner, non seulement un jugement de délivrance du fidéicommis, mais encore une ordonnance d'envoi en possession; car l'art. 35 du tit. 2 auquel il se réfère, défend à tous ceux qui seront grevés de substitution, *ou qui prendront leur place*, de se mettre en possession des biens substitués, avant d'y avoir été autorisés par le juge de la situation. Or, l'ordonnance d'envoi en possession que vous avez obtenue en 1790, est nulle de deux chefs : elle est nulle, parcequ'elle a été rendue par un au-

Digitized by Google

tre juge que celui de la situation de la terre de Podenas; elle est nulle, parceque vous n'aviez pas joint à votre requête les pièces dont le même art. 35 du tit. 2 prescrit, à peine de nullité, la jonction et le *visa*.

» Le sieur Dubouzet réplique que les formalités prescrites par l'ordonnance de 1747, pour l'envoi en possession et la remise du fidéicommis, n'étaient imposées qu'aux substitués chargés de rendre; que devant recueillir librement la substitution, il avait été dispensé de ces formalités; qu'au surplus, relativement aux tiers-acquéreurs, elles tenaient au mode d'exercice de l'action en éviction, et que, dès-là, on devait se régler, non par l'ordonnance de 1747 abrogée par la loi du 14 novembre 1792, mais par la loi en vigueur au moment même où l'éviction était poursuivie.

» Le 21 août 1808, arrêt de la cour d'appel de Paris, qui déclare le sieur Dubouzet non-recevable.

» Recours en cassation, fondé sur deux moyens: fausse application de l'art. 40 du tit. 1er et de l'art. 35 du tit. 2 de l'ordonnance de 1747, qui ne disposent, suivant le sieur Dubouzet, que pour le cas où le substitué est lui-même grevé de substitution: violation de la loi du 14 novembre 1792, qui a fait disparaître, avec les Substitutions fidéicommissaires, toutes les règles qui y étaient relatives.

» Par arrêt du 3 janvier 1810,

» *Attendu que l'ordonnance des substitutions ne distinguant pas, dans son précepte relatif aux formalités de l'envoi en possession, le cas où celui qui doit recueillir les biens substitués, est tenu de les rendre à un appelé ultérieur, du cas où il les recueille librement et sans charge de restitution, l'arrêt attaqué n'a pu violer la loi en exigeant, du demandeur en cassation, l'observation desdites formalités, abstraction faite du point de savoir s'il est, ou non, grevé de restitution;*

» *Attendu que la loi de 1792, abolitive des substitutions, n'a porté aucune atteinte aux droits ouverts antérieurement à sa publication, soit au profit des substitués, pour réclamer l'effet des substitutions, soit au profit des tiers-acquéreurs, pour opposer auxdits substitués l'inobservation de formalités à eux imposées par l'ordonnance des substitutions; et qu'en réclamant le bénéfice d'une législation aujourd'hui abolie, les appelés ne peuvent se soustraire aux conditions prescrites par cette même législation;*

» *La cour rejette le pourvoi.*

» Vous voyez, Messieurs, que, dans cette espèce, il ne s'agissait pas, comme ici, d'une simple forme de procéder et de juger, toujours et essentiellement dépendante de la loi du temps où se fait l'instruction et se rend le jugement, mais qu'il y était question du droit acquis à un tiers-possesseur, sous l'ordonnance de 1747, de ne pouvoir être évincé qu'après l'observation de certains préliminaires.

» Le droit d'évincer les tiers-acquéreurs n'appartenait aux substitués, que par la volonté de la loi. La loi avait donc pu subordonner, pour eux, l'exercice de ce droit aux conditions qu'elle avait jugé à propos de leur imposer. Elle avait donc pu dire à ceux qui acquéraient des biens grevés de substitution: *Vous ne pourrez être évincés qu'après que les substitués auront obtenu un jugement de délivrance et une ordonnance d'envoi en possession;* et les acquéreurs ayant, sur leur parole, traité dans cette confiance, il est clair qu'une loi postérieure n'avait pas pu les priver de l'avantage qu'elle leur avait assuré. Le sieur Dubouzet ne pouvait donc pas évincer le sieur Dijon même après la loi du 14 novembre 1792, sans avoir préalablement obtenu une ordonnance d'envoi en possession.

» Ici rien de semblable; nul droit acquis à aucune des parties, avant la loi du 14 novembre 1792, de ne plaider que sous la surveillance du ministère public, et de n'être jugée que sur ses conclusions; par conséquent, nul motif, nul prétexte pour faire survivre à la loi du 14 novembre 1792, la disposition de l'art. 49 du tit. 2 de l'ordonnance de 1779.

» Mais allons plus loin: admettons que cette disposition fasse encore loi pour les substitutions qui étaient ouvertes avant le 14 novembre 1792; en résultera-t-il que l'arrêt attaqué par le demandeur, doit être cassé?

» Oui, telle en serait la conséquence, si l'art. 49 du tit. 2 de l'ordonnance de 1779 attachait expressément la peine de cassation aux arrêts qui seraient rendus, en matière de fidéicommis, sans conclusions préalables du ministère public. Mais ce n'est pas sous peine de cassation, c'est sous peine de rétractation par la voie de la requête civile, que cet article prescrit l'audition du ministère public dans toutes les affaires où il s'agira de fidéicommis. *Il ne pourra* (porte-t-il) *être rendu aucun jugement sur ce qui concerne les Substitutions fidéicommissaires..... que sur les conclusions de nos avocats et procureurs en première instance, et sur celles de nos avocats et procureurs généraux en nos cours..., voulons qu'il y ait ouverture de requête civile contre les arrêts qui seront rendus sans conclusions de nosdits avocats et procureurs généraux.* Et nous devons ajouter que l'ordonnance de 1747

Digitized by Google

n'aurait pas pu disposer autrement, qu'elle n'aurait pas pu réprimer par la cassation, le mépris de la règle qu'elle prescrivait, sans s'écarter du principe général, écrit dans l'ordonnance de 1667, tit. 35, art. 34, qu'il ne pourrait résulter du défaut d'audition du ministère public, *dans les affaires où la loi* exigeait *son intervention,* qu'une ouverture de requête civile.

» A la vérité, ce principe, que nous retrouvons encore dans l'art. 480 du Code de procédure, a été momentanément abrogé par la loi du 27 novembre 1790, institutive de la cour de cassation. A la vérité, de ce que, dans l'art. 3 de cette loi, il était dit que *la violation des formes de procédure prescrites à peine de nullité, donne ouverture à la cassation;* de ce que, par l'art. 2 de la loi du 4 germinal an 2, il était ajouté que la peine de nullité serait de plein droit sous-entendue dans toutes les lois faites depuis 1789, sur la forme de procéder en matière civile, on concluait, et avec beaucoup de raison, avant la mise en activité du Code de procédure, que le défaut de conclusions du ministère public dans les affaires où son audition était commandée par les lois faites depuis 1789, donnait ouverture à la cassation des arrêts entachés de ce défaut.

» Mais y a-t-il, dans les lois faites depuis 1789, quelque disposition qui prescrive l'audition du ministère public dans les affaires où il s'agirait de fidéicommis? Nous avons déjà vu que non. Donc si l'art. 49 du tit. 2 de l'ordonnance de 1747 n'avait été abrogé, ni par la loi du 24 août 1790, ni par celle du 14 novembre 1792, du moins il ne pourrait résulter de cet article qu'une ouverture de requête civile; donc le moyen de cassation que le demandeur prétend tirer de cet article, serait toujours mal fondé.

» Voyons maintenant si les art. 354, 355 et 356 du Code civil imposaient à la cour d'appel de Metz l'obligation de ne prononcer sur les effets de l'acte d'adoption du 5 décembre 1780, qu'après avoir entendu le procureur général.

» Que portent ces articles? Rien autre chose, si ce n'est que les jugemens par lesquels les tribunaux déclarent qu'il y a ou qu'il n'y a pas lieu à l'adoption, doivent être précédés des conclusions du ministère public.

» Mais, 1° de quelle adoption s'agit-il dans ces articles? De l'adoption introduite par le Code dont ces articles font partie, de l'adoption proprement dite, de l'adoption qui confère à l'adopté les droits déterminés par le Code civil, de l'adoption qui emporte prohibition de mariage entre l'adoptant, l'adopté et ses descendans, entre les enfans adoptifs de la même personne, entre l'adopté et les enfans qui peuvent survenir à l'adoptant, entre l'adopté et l'époux de l'adoptant, entre l'adoptant et l'époux de l'adopté. Or, qu'a de commun cette adoption avec celle qui a été stipulée par l'acte du 5 décembre 1780, sans le concours de l'autorité publique, et qui, de l'aveu du demandeur lui-même, n'a pu, par cette raison, avoir que l'effet d'une institution d'héritier?

» 2° Les articles cités du Code civil n'exigent l'intervention du ministère public que dans les jugemens préalables à l'adoption introduite par ce Code, et uniquement relatifs à la question de savoir si elle doit ou non être permise; ils ne l'exigent pas dans les jugemens à rendre sur les contestations auxquelles l'adoption peut donner lieu, soit entre l'adoptant et l'adopté, soit entre celui-ci et les héritiers de celui-là; et à combien plus forte raison ne peut-on pas s'étayer de ces mêmes articles, pour soutenir que l'intervention du ministère public était nécessaire dans une contestation à laquelle avait donné lieu une adoption qui ne ressemblait en rien à celle du Code civil?

» Par là se trouve résolue à l'avance notre troisième question, celle de savoir si, en prononçant sur les effets de l'adoption et de la Substitution fidéicommissaire dont il s'est agi devant la cour d'appel de Metz, cette cour a prononcé sur des objets d'*ordre général;* et si en conséquence, d'après l'art. 1er du tit. 8 de la loi du 24 août 1790, elle a pu le faire sans conclusions du parquet?

» En effet, dès que l'adoption du 5 décembre 1780 avait eu lieu sans le concours de l'autorité publique, dès qu'elle n'était réellement qu'une institution d'héritier, dès que la Substitution fidéicommissaire des 1er août 1722 et 25 octobre 1756 se trouvait abolie par la loi du 14 novembre 1792, dès qu'en conséquence elle ne pouvait pas prétendre à la protection spéciale dont le législateur avait honoré les dispositions de cette nature dans l'ordonnance de 1747, il était bien impossible que la cour d'appel de Metz les considérât l'une et l'autre comme tenant à l'*ordre général;* et qu'elle leur fît l'application de l'art. 1er du tit. 8 de la loi du 24 août 1790.

» Que signifient d'ailleurs, dans cet article, les termes par lesquels il est dit que les fonctions des officiers du ministère public consistent, entre autres choses, à *faire observer, dans les jugemens à rendre, les lois qui intéressent l'ordre général?* Ils signifient sans

Digitized by Google

doute que ces officiers doivent figurer dans toutes les affaires où l'ordre général se trouve intéressé; mais ces affaires, quelles sont-elles? Il y en a de deux sortes. Dans les unes, le ministère public doit agir d'office : ce sont les procès criminels, et les affaires civiles où il n'y a d'intéressé que l'ordre public, telles que les contraventions des notaires aux lois qui règlent les devoirs de leurs fonctions. Dans les autres, le ministère public n'a que le droit de faire des réquisitions à la suite des plaidoiries des parties privées; et nous l'avons déjà remarqué, la loi elle-même détermine spécifiquement quelles sont ces affaires; elle déclare formellement, art. 3, qu'il n'y aura nécessité d'entendre le ministère public que dans les causes des mineurs, des interdits, des femmes mariées, de l'État, des communes et des absens indéfendus.

» Le premier moyen de cassation des demandeurs ainsi écarté, les trois autres qui sont tirés du fond de la cause, ne nous occuperont pas long-temps.

» Suivant le demandeur, l'arrêt dont il se plaint, en le déboutant de sa prétention à la propriété exclusive des biens compris dans la Substitution fidéicommissaire des 1er août 1722 et 25 octobre 1756, a violé 1° l'art. 3 de la loi du 14 novembre 1792, qui conserve les anciens fideicommis en faveur de ceux au profit desquels ils s'étaient ouverts avant la publication de cette loi; 2° l'art. 1er de la loi du 18 pluviôse an 5, qui maintient les institutions contractuelles antérieures, soit à la loi du 7 mars 1793, soit à celle du 5 brumaire an 2; 3° les art. 3 et 4 du chap. 1er de la coutume de Liége, qui déclarent irrévocables les donations et les institutions stipulées par contrat de mariage.

» Ce moyen serait digne d'une grande attention, si le demandeur avait réclamé les biens dont il s'agit, comme lui étant dévolus par la mort de son aïeul, Benoît de Hamal. Dans cette hypothèse, il pourrait dire que, par l'art. 15 de son contrat de mariage du 26 mai 1781, Ferdinand de Hamal, son père, a été institué par Benoit de Hamal, héritier de tous ses biens présens et à venir; que les biens qui, à l'époque de ce contrat, étaient fidéicommissés dans la personne de Philippe de Hamal, se sont trouvés à la mort de Benoît de Hamal, dans sa pleine et libre propriété; et que par conséquent ils sont compris dans l'institution contractuelle dont Benoît de Hamal avait gratifié son père, en le mariant.

» Mais ce n'est point dans la succession de Benoît de Hamal, que le demandeur a prétendu prendre les biens fidéicommissés dont il s'agit; il a prétendu les prendre dans celle de Philippe de Hamal; il a prétendu les y prendre à l'exclusion de Benoît de Hamal, son aïeul; et il l'a prétendu sur le fondement que, par l'acte d'adoption du 5 décembre 1780, combiné avec le contrat de mariage du 26 mai 1781, Philippe de Hamal avait interverti l'ordre de vocation au fidéicommis, et avait voulu, du consentement de Benoît de Hamal lui-même, qu'après sa mort, Ferdinand le recueillît immédiatement et à l'exclusion de celui-ci.

» Cette interversion, cette volonté résultent-elles donc de l'acte d'adoption et du contrat de mariage de Ferdinand? La cour d'appel de Metz a jugé, en fait, que non; et, en interprétant ainsi ces deux actes, non seulement elle n'a violé aucune loi, mais elle nous paraît avoir bien jugé.

» La chose peut être douteuse relativement à la portion de ces mêmes biens dont Benoît de Hamal a abandonné la *jouissance* à son fils, par son contrat de mariage; et il est certain que, si, par ces mots, *la jouissance*, Benoît de Hamal avait désigné la propriété bridée qui alors résidait dans les mains de tout grevé de substitution, le demandeur aurait eu le droit de réclamer cette portion contre Benoît de Hamal lui-même : mais la cour d'appel de Metz a, non pas jugé (car la question ne lui était pas soumise, et elle l'a laissée entière), mais déclaré par ses motifs, que ces mots ne désignaient, dans le contrat de mariage, qu'un simple usufruit; et en le déclarant ainsi, quelle loi a-t-elle violée? Aucune. Le deuxième moyen de cassation du demandeur est donc, à tous égards, insoutenable.

» Le troisième est tiré de l'art. 1er de la coutume de Liége, portant que le mari *ne peut faire quittance ni rien rendre à son père ou mère, ou celui qui promis ou donné lui aura*, par contrat de mariage, *si ce n'est du gré de la femme et de la plus grande partie de ses manbours*. Cet article, dit le demandeur, a été violé par la cour d'appel de Metz, en ce qu'elle a jugé valable la renonciation que mon père avait faite seul et de sa propre autorité, le 13 mai 1784, au bénéfice de l'adoption du 5 décembre 1780.

» Quel est donc l'objet de cet article? C'est d'empêcher que les avantages accordés aux futurs époux, par leur contrat de mariage, ne soient frauduleusement neutralisés par des contre-lettres; c'est de prévenir les pactes secrets par lesquels un fils s'engagerait,

Digitized by Google

en se mariant, de rendre à son père la totalité ou une portion de ce que son père aurait paru lui donner pour son établissement; et, à cet égard, la coutume de Liége ne faisait qu'énoncer et organiser un principe qui était reconnu dans toute la Belgique, comme dans toute la France, et que l'art. 1396 du Code civil a formellement consacré.

» Mais de même que, dans aucune partie de la Belgique, dans aucune partie de la France, on ne s'est jamais avisé de conclure de ce principe, qu'il ne fût pas au pouvoir d'un héritier contractuel de renoncer, sans le concours de sa femme, à une succession qu'il trouve obérée; de même aussi l'art. 1er de la coutume de Liége ne peut porter aucune atteinte à la répudiation que Ferdinand de Hamal a faite en 1784 d'une adoption, c'est-à-dire, d'une institution d'héritier, dans laquelle il ne trouvait, au lieu des avantages qu'il s'en était promis, qu'*une lésion énormissime*.

» Le quatrième moyen n'exige qu'un mot. Il consiste à dire que la cour d'appel de Metz a déclaré l'acte d'adoption nul, par le défaut des formalités requises par les lois romaines dans ces sortes d'actes; et qu'en l'annulant sous ce prétexte, elle a fait une fausse application de ces lois, en même temps qu'elle a violé les art. 2 et 4 de la coutume de Liége, relatifs aux *promesses de succéder* écrites dans les contrats de mariage.

» Où le demandeur a-t-il donc pris que l'acte d'adoption du 5 décembre 1780 est annulé par l'arrêt qu'il vous dénonce? Cet arrêt dit bien que l'acte d'adoption n'a jamais pu valoir comme tel, parceque l'autorité publique n'y avait pas concouru (vérité trop claire et trop sensible pour que l'on puisse la contester); mais il ajoute aussitôt que l'acte d'adoption aurait pu valoir comme institution contractuelle, et c'est précisément ce que soutient le demandeur. Le demandeur ne s'est donc pas entendu lui-même en vous proposant ce moyen.

» Nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête, avec amende ».

Par arrêt du 23 août 1810, au rapport de M. Botton de Castellamonte,

« Attendu, sur le moyen de forme, que, quoique l'ordonnance de 1747 défendît de rendre des jugemens sur les Substitutions fidéicommissaires, sans les conclusions du ministère public, néanmoins les art. 1 et 3 de la loi du 24 août 1790, et même l'art. 83 du Code de procédure civile, n'énoncent plus les substitutions dans l'énumération des matières sur lesquelles l'audition du ministère public est nécessaire; que les art. 354, 356 et 357 du Code civil, relatifs aux conclusions du ministère public en matière d'adoption, n'ont trait qu'aux adoptions introduites et autorisées par ce même Code, et peuvent d'autant moins s'étendre à l'espèce d'adoption dont il s'agit, que le demandeur lui-même ne la regarde que comme une institution contractuelle; que ces seules observations suffisent pour écarter le moyen de forme;

» Sur le fond, attendu 1° que l'arrêt dénoncé, en interprétant les actes du 5 décembre 1780 et du 21 mars 1781, s'est borné à décider que Ferdinand de Hamal n'a pas dû succéder immédiatement à Philippe, son oncle, dans les biens soumis au fidéicommis d'Alphonse, à l'exclusion de Benoît, père dudit Ferdinand; que, quoique dans les motifs de l'arrêt, la cour d'appel de Metz ait dit que la cession du tiers de ces biens, faite par Benoît à Ferdinand, ne l'a été qu'à titre de simple usufruit, il paraît néanmoins que cette question n'avait pas été proposée par les parties, ni formellement décidée par le dispositif du même arrêt; que d'ailleurs il n'y aurait là encore qu'une simple interprétation de l'acte du 21 mars précité; que ces interprétations ne peuvent fournir matière à la cassation; que, cela posé, la cour d'appel de Metz n'a pu violer ni l'art. 3 de la loi de 1792, ni l'art. 1er de la loi du 18 pluviôse an 5, ni les art. 3 et 4 de la coutume de Liége;

» Attendu 2° que l'arrêt dénoncé a refusé au père du demandeur le droit de succéder immédiatement à son oncle, non pas sur le fondement de la nullité de l'acte de 1780, considéré comme une espèce d'institution contractuelle, mais bien parcequ'il n'a pas trouvé dans cet acte la vocation immédiate de Ferdinand au fidéicommis d'Alphonse; d'où suit que l'art. 4, chap. 2, de la coutume de Liége est étranger à l'espèce; et quant à la renonciation de Ferdinand, attendu que l'art. 1er de la même coutume n'est point applicable au cas où l'on renonce à une succession dont l'acceptation serait lésive;

» Attendu 3° qu'il n'a pas été question, devant la cour d'appel, des droits qui peuvent compéter au demandeur sur la succession de Benoît, son aïeul, soit en vertu du contrat de mariage de Ferdinand, soit en vertu d'autres titres, et que ces droits, au contraire, lui ont été réservés par l'arrêt dénoncé;

» La cour rejette le pourvoi..... ».

§. XIII. 1° *La Substitution fidéicommissaire* de eo quod supererit (*de ce*

Digitized by Google

que le donataire ou légataire n'aura pas aliéné avant sa mort), emporte-t-elle, d'après la seconde partie de l'art. 896 du Code civil, la nullité de la disposition principale qu'elle modifie?

2° Si elle ne vicie pas la disposition principale, doit-elle valoir pour les biens non aliénés par le grevé?

3° Quel est, à cet égard, l'effet d'une clause par laquelle le donateur ou testateur, en chargeant son donataire ou légataire de remettre les biens à un tiers lorsqu'il mourra, l'autorise à les vendre et hypothéquer en cas de besoin?

I. Sur la première question, l'affirmative ne serait pas douteuse, si la Substitution fidéicommissaire *de eo quod supererit*, était encore soumise aux règles établies par la novelle 108 de Justinien, c'est-à-dire, si les restrictions que cette loi avait mises à la faculté que le testateur accordait au grevé d'aliéner les biens qu'il lui laissait (1), existaient encore.

Mais ces restrictions étant abrogées par l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12, avec la novelle qui les avait créées, et le donataire ou légataire pouvant en conséquence aliéner tous les biens qui lui ont été donnés ou légués, comment une pareille substitution viciera-t-elle la disposition principale qu'elle modifie? Elle impose sans doute au donataire ou légataire, *la charge de rendre*, mais non pas celle *de conserver*; or, l'art. 896 du Code civil exige qu'il y ait concours de l'une et de l'autre charge, pour qu'il y ait lieu à l'application de la peine de nullité dont il frappe l'infraction de la défense qu'il fait de substituer.

C'est ce qu'ont, en effet, jugé

Un arrêt de la cour d'appel de Paris, du 26 janvier 1808, dont on trouvera l'espèce au n° suivant;

Un arrêt de la cour royale de Colmar, du 7 juillet 1819, qui est rapporté dans le *Journal de jurisprudence* de cette cour, tome 15, page 161,

Et quatre arrêts de la cour d'appel de Bruxelles, dont voici les espèces:

Par un testament conjonctif fait à Anvers, avant la publication du Code civil, Jean Schrausman et Anne-Catherine Lahaye, son épouse, s'étaient institués héritiers l'un de l'autre, avec pouvoir, en cas qu'ils ne laissassent point d'enfant, de *dépenser*, *aliéner* et *charger tous les biens* du prédécédé, *et en faire comme avec son bien personnel et propre, sans devoir en donner à qui que ce soit quelque état, inventaire ou inspection;* mais à la charge que *le nud restant que le survivant délaisserait à son décès, irait et retournerait pour une moitié aux héritiers ab intestat du prémourant....., sans que le survivant puisse être tenu de fournir ou de donner quelque caution, assurance ou hypothèque pour ledit restant éventuel que le survivant délaissera, sous quelque prétexte que ce pourra être, le défendant et interdisant bien expressément par ces présentes, s'en rapportant, à cet égard, réciproquement l'un à l'autre, les testateurs instituant et substituant ainsi par ces présentes, dans ledit nud restant au cas et sur le pied prédit, leursdits plus proches parens respectifs....*, etc.

Jean Schrausman étant mort sans enfans, au mois de mai 1807 et par conséquent sous l'empire du Code civil, ses héritiers légitimes ont fait assigner Anne-Catherine Lahaye, sa veuve, devant le tribunal de première instance d'Anvers, pour voir dire que le testament était nul, parcequ'il contenait une Substitution fidéicommissaire.

Le 18 janvier 1808, jugement par lequel,

« Attendu que, par le testament conjonctif que la défenderesse a fait avec son défunt époux, ces conjoints, en s'instituant mutuellement, se sont servis de termes qui désignent leur intention de laisser au survivant d'entre eux la propriété absolue de toute la succession du prémourant, puisqu'ils se donnent l'un à l'autre, dans le cas où le prémourant ne laisserait point d'enfans issus de leur mariage, la faculté de dépenser, d'aliéner, de charger tous les biens de ladite succession, et d'en faire comme avec leurs biens propres, sans devoir en donner à qui que ce soit, quelque état, inventaire ou inspection; d'où il résulte qu'il dépend de la défenderesse de rendre illusoire et sans effet la charge du même testament, qui appelle les parens et héritiers des deux testateurs à recueillir et partager entre eux par moitié, après le décès du survivant, ce que le survivant n'aura ni dépensé ni aliéné de la succession du prémourant, joint aux biens propres du survivant, et que par conséquent le droit éventuel des héritiers *ab intestat* des deux testateurs ne sera ouvert qu'à la mort de la défenderesse, comme ayant survécu à son défunt époux;

» Attendu qu'il en résulte encore que la défenderesse n'ayant été soumise, par aucune clause du testament, à l'obligation de conserver et de rendre, ce qui serait en contradiction avec l'institution dans la pleine propriété

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Substitution fidéicommissaire*, sect. 10, §. 9.

Digitized by Google

et libre disposition, et avec la faculté de tout dépenser, aliéner et charger, et d'en user comme de ses propres biens, la clause qui appelle, après la mort du survivant, les héritiers des deux testateurs à recueillir ce que la défenderesse pourrait délaisser éventuellement, ne saurait être considérée comme contenant une de ces substitutions prohibées par l'art. 896 du Code civil, qui vicient et annullent l'institution elle-même, et ce d'autant moins que les dispositions du testament dont il s'agit, bien loin de contrevenir à l'intention bien prononcée qu'a émise le législateur en prohibant les substitutions, y sont, au contraire, parfaitement conformes;

» Le tribunal déclare les demandeurs non fondés dans leur demande ».

Les héritiers de Jean Schrausman appellent de ce jugement, et se fondent sur les lois romaines qui décident qu'il y a fidéicommis par cela seul que l'héritier institué est chargé de rendre ce qui lui restera au moment de son décès.

Mais par arrêt du 15 novembre 1809, la cour, adoptant les motifs des premiers juges, met l'appellation au néant (1).

Le 24 août 1801, Pierre Lissens et Jeanne Maeschalk, son épouse, domiciliés à Bruxelles, font un testament conjonctif par lequel, en dérogeant, suivant la faculté que leur en donne la coutume de cette ville, au réglement de leurs gains respectifs de survie, contenu dans leur contrat de mariage, du 4 avril 1793, s'instituent réciproquement *héritiers universels, avec plein droit d'institution et de libre disposition*, et ajoutent « qu'après » le décès du survivant, la moitié de la suc» cession existante alors, soit mobilière, soit » immobilière, succédera aux parens les » plus proches du testateur pour moitié, et » l'autre moitié aux parens les plus proches » de la testatrice, avec défense à leurs héri» tiers *ainsi substitués* de molester le survi» vant pour la formation d'un état et inven» taire du prédécédé, à peine d'être privés » de la portion de l'hérédité qui leur écher» rait après la mort des deux testateurs ».

Pierre Lissens meurt en 1808, et par conséquent sous le Code civil.

Le 26 décembre 1809, sa veuve vend à Charles Desmets la totalité du mobilier; et par testament du 31 mars 1811, elle l'institue son héritier universel.

(1) *Jurisprudence de la cour de cassation*, tome 10, page 238.

Après la mort de cette veuve, les héritiers de Pierre Lissens font assigner Charles Desmets au tribunal de première instance de Bruxelles, pour voir dire que le testament du 24 août 1801, quoique fait sous l'empire des anciennes lois, doit néanmoins, quant au fond de ses dispositions, être jugé d'après le Code civil, ainsi que l'ont décidé plusieurs arrêts de la cour de cassation (1); que, dès lors, il est soumis à la disposition de l'art. 896 du Code qui annulle toute institution d'héritier, toute donation, tout legs auquel est apposée une substitution; que l'institution d'héritier qu'il contient, de la part de Pierre Lissens, au profit de son épouse, est modifiée par une substitution en faveur de ses héritiers légitimes; que par conséquent cette institution est nulle, et que tous les biens qui composaient la succession de Pierre Lissens, doivent leur être renseignés et rendus.

Charles Desmets répond que la charge de *conserver et de rendre à un tiers* qui forme, aux termes de l'art. 896 du Code civil, l'essence de la substitution qu'il prohibe et qui emporte la nullité de l'institution, est incompatible avec la faculté de disposer librement que les deux époux se sont mutuellement conférée par leur testament conjonctif; qu'à la vérité, le droit romain offre divers exemples de fidéicommis *de eo quod superarit*; mais que cette espèce de fidéicommis n'est point atteinte par la prohibition contenue dans l'art. 896; qu'on objecterait inutilement que les lois des pandectes attachaient à cette espèce de fidéicommis l'obligation de conserver au substitué telle quotité des biens du testateur qui serait jugée équitable par des arbitres, et que Justinien avait, par une de ses novelles, fixé cette quotité au quart (2); que ces règles, purement arbitraires, n'avaient pas survécu au Code civil.

Le 31 décembre 1813, jugement qui déclare nulle l'institution d'héritier dont il s'agit, et condamne Charles Desmets à rendre la succession de Pierre Lissens à ses héritiers légitimes.

Mais sur l'appel de Charles Desmets, arrêt du 7 février 1816, par lequel,

« Attendu que l'art. 896 du Code civil, en proscrivant les institutions comme les substitutions, a eu pour but politique d'empêcher que de grandes masses de biens ne s'accumu-

(1) *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Institution d'héritier*, sect. 1re, n° 7.

(2) *Ibid.*, aux mots *Substitution fidéicommissaire*, sect. 10, §. 9.

Digitized by Google

lassent, sur le même chef ; que le législateur a encore vu dans les Substitutions fidéicommissaires, que le grevé n'est choisi que comme un moyen de transmission, sans jouir de la grande affection du substituant qui transporte toute la propriété sur la tête de celui qu'il appelle à recueillir l'effet de cette vocation ;

» Attendu que, dans l'espèce, Pierre Lissens et Jeanne Maeschalk ont changé leur contrat de mariage pour les gains nuptiaux de survie et par les dispositions insérées dans l'acte du 24 août 1801 ; que le survivant des époux y est nommé *héritier unique et universel du prédécédé, avec plein droit d'institution et libre disposition ;* que la clause suivante qui a pour objet la succession existante au décès du survivant dont une moitié succédera, y est-il dit, sur les parens du testateur et l'autre sur les parens de la testatrice, n'est donc pas une disposition par laquelle le survivant est chargé *de conserver et de rendre,* et par conséquent ne peut être envisagée comme une Substitution fidéicommissaire proprement dite, dans le sens de l'art. 896 du Code civil ;

» D'où il suit nécessairement que l'institution est valable et que les intimés ne sont point fondés à agir en délaissement et abandon des biens meubles et immeubles composant la succession de feu Pierre Lissens, pour cause de prétendue caducité de la disposition qu'il a faite en faveur de Jeanne Maeschalk, sa femme survivante ;

» La cour met le jugement dont appel au néant ; émendant, déclare les intimés, demandeurs originaires, pour avoir agi et conclu à charge des appelans ainsi et de la manière qu'ils l'ont fait, non fondés ni recevables ; libre néanmoins aux intimés d'agir autrement, s'ils s'y croient fondés ; condamne les intimés aux dépens..... (1) ».

Le 5 août 1783, contrat de mariage entre Jean-Baptiste Collart et Catherine Geeraert, domiciliés à Anvers, par lequel le survivant des époux est institué héritier universel du premier mourant, avec plein pouvoir d'aliéner tous les biens par actes entre-vifs, et sous la clause qu'en cas de non-aliénation, les parens successibles du prédécédé recueilleront la moitié des biens qui existeront à la mort du survivant.

Le 29 octobre 1791, décès de Jean-Baptiste Collart.

(1) *Jurisprudence de la cour supérieure de Bruxelles,* année 1816, tome 1er, page 205.

Le 17 avril 1819, sa veuve meurt elle-même, laissant un testament par lequel, en léguant une somme de 500 florins aux enfans d'une sœur de son mari, elle dispose, en faveur de ses propres héritiers, de tous les biens provenant de celui-ci.

Les héritiers de Jean-Baptiste Collart réclament, en vertu du contrat de mariage, la moitié de tous les biens non aliénés par Catherine Geeraerts.

On leur oppose que la disposition faite par cet acte en faveur du survivant des époux, contenait une Substitution fidéicommissaire, qui n'était pas encore ouverte lors de la publication de la loi du 14 novembre 1792; que cette loi a aboli toutes les Substitutions fidéicommissaires ; qu'ainsi, Catherine Geeraerts a pu disposer librement, même à cause de mort, de tous les biens provenant de son mari.

Le 28 juin 1820, jugement qui, accueillant cette défense, déboute les demandeurs.

Mais sur l'appel, arrêt du 8 mars 1821, qui réforme ce jugement, et déclare les appelans propriétaires des litigieux,

« Attendu que la prohibition des substitutions, portée par les lois des 25 octobre et 14 novembre 1792, est la même que celle qui est établie par l'art. 896 du Code civil ;

» Que, d'après la jurisprudence introduite depuis l'émanation du Code, la Substitution fidéicommissaire, savoir, celle où l'héritier institué, le donataire ou le légataire, est *chargé de conserver et de rendre à un tiers,* est seule atteinte par cette prohibition ;

» Attendu que la veuve Collart, qui, par le contrat antenuptial du 5 août 1783, avait reçu tous les biens de son époux prémourant en pleine propriété, n'a pas été chargé de *conserver* ces biens, ni aucune partie, mais qu'elle a eu la liberté de les aliéner, et de les consommer jusqu'au dernier sou ;

» D'où il suit que la substitution faite dans ledit contrat en faveur des héritiers de l'époux Collart, n'a pas été annulée par les lois des 24 octobre et 14 novembre 1792, ni par l'art. 896 du Code civil (1) ».

Le 11 ventôse an 6, testament conjonctif par lequel Henri Delvaux et Christine Vanvught, son épouse, s'instituent réciproquement héritiers, *avec pouvoir au survivant de vendre, grever, aliéner et même de consumer, jusqu'au dernier sou, les biens du prédécédé, sans aucune considération de personnes,* à

(1) *Ibid.,* année 1821, tome 1er, page 193.

Digitized by Google

la charge que ceux qui existeront encore à son décès, seront partagés par moitié entre les héritiers du mari et les héritiers de la femme, et que, si le survivant venait à se remarier, le tout retournerait aux héritiers du premier mourant.

Le 5 septembre 1805, Henri Delvaux décède à Anvers.

Plusieurs années après, Christine Vanvught meurt également sans s'être remariée, et après avoir, par un testament du 21 février 1818, institué la dame Desneux sa légataire universelle.

Les héritiers légitimes de Henri Delvaux font assigner les sieur et dame Desneux devant le tribunal d'Anvers, en partage de tous les biens meubles et immeubles de la communauté qui a existé entre Christine Vanvught et son mari.

Les sieur et dame Desneux opposent à cette demande le testament du 11 ventôse an 6, et prouvent par divers actes de vente et de donation entre-vifs, que Christine Vanvught a disposé pendant sa vie, suivant le droit que lui en donnait ce testament, de tous les biens qui lui étaient advenus du chef de son mari.

Les demandeurs répondent que le testament est nul, d'après l'art. 896 du Code civil, à la publication duquel a survécu Henri Delvaux, parcequ'il renferme une Substitution fidéicommissaire *de eo quod supererit*. Ils ajoutent qu'il est encore nul, d'après le même article, parcequ'il grève tous les biens du mari testateur d'une substitution conditionnelle, pour le cas où l'épouse survivante viendrait à se remarier.

Le 7 juillet 1821, jugement qui rejette la demande des héritiers de Henri Delvaux.

Appel de ce jugement; mais, par arrêt du 29 octobre 1825,

« Sur le premier moyen des appelans,

» Attendu que l'art. 896 du Code civil, comme restreignant l'exercice du droit de propriété, est de stricte interprétation;

» Attendu que, d'après cet article, il ne peut y avoir de substitution lorsque l'héritier n'est point chargé de conserver et de rendre les biens du testateur;

» Attendu que les époux Delvaux, dans leur testament conjonctif, loin de charger le survivant de conserver les biens du prédécédé, disent, au contraire, qu'il peut *les vendre, aliéner, et les consumer jusqu'au dernier sou, sans aucune considération de personne;*

» D'où il suit que la charge et la condition jointes à l'institution, que tous les biens à délaisser par le survivant, devront être partagés en deux portions, l'une pour les héritiers de la femme, l'autre pour ceux du mari, ne renferment aucune substitution prohibée;

» Quant au deuxième moyen,

» Attendu que, par le décès de son mari, l'épouse Delvaux, née Vanvught, est devenue propriétaire absolue de tous les biens de celui-ci, sans être chargée de les conserver en nature ou en masse, pas même pour le cas de secondes noces, puisqu'elle avait plein pouvoir, non seulement de vendre, grever et aliéner tous ces biens, mais encore de les consumer jusqu'au dernier sou;

» D'où il suit que la clause, par suite de laquelle on soutient que la disposition serait une substitution conditionnelle, ne constitue même aucune obligation conditionnelle relativement aux biens dont il s'agit;

» Que, par suite et d'après les principes rappelés ci-dessus, l'institution n'est entachée d'aucune substitution prohibée, et est ainsi bonne et valable;

» Par ces motifs, la cour, M. l'avocat-général Destoop entendu dans ses conclusions conformes, met l'appellation au néant (1) ».

On trouvera au n° suivant, un jugement du tribunal de première instance de Rotterdam, du 3 juillet 1822, qui, par l'une de ses dispositions, décide la même chose, et dont il n'y a pas eu d'appel à cet égard.

Il est vrai qu'on peut opposer à cette jurisprudence, un arrêt de la cour d'appel de Nîmes, du 17 août 1808, par lequel il a été jugé que la loi du 14 novembre 1792 n'avait pas aboli une substitution faite précédemment avec *pouvoir de vendre et engager en cas de besoin*, et un arrêt de la cour royale de Metz, du 16 février 1815, qui a déclaré nulle une donation à cause de mort faite sous l'empire du Code civil, à la charge d'une substitution conçue dans les mêmes termes (2).

Il est vrai encore que ces deux arrêts ont été rendus en thèse générale, et abstraction faite de la condition qui restreignait au *cas de besoin* la faculté d'aliéner qui avait été accordée par les donateurs aux donataires.

Mais si le premier de ces arrêts peut être justifié par la considération qu'avant le Code civil, et dans le mode d'exécution de la loi

(1) *Jurisprudence de la cour supérieure de Bruxelles*, année 1826, tome 1er, page 58.

(2) *Jurisprudence de la cour de cassation*, tome 10, 2e partie, page 554, et tome 19, partie 2, page 99.

Digitized by Google

du 14 novembre 1792, on pouvait, sans violer aucune loi, réputer véritablement fidéicommissaire la substitution des biens que le donataire n'aurait pas aliénés, quoiqu'il en eût reçu le pouvoir du donateur, il n'en est certainement pas de même du second; et celui-ci, directement contraire au texte de l'art. 896 du Code civil, n'aurait pu échapper à la cassation, s'il eût été attaqué par cette voie, que par un motif qu'il ne contenait pas, mais sur lequel nous nous expliquerons au n° 3.

Du reste, l'opinion adoptée par les six arrêts cités des cours de Paris, de Colmar et de Bruxelles, est hautement professée par M. Grenier, tome 1er, page 112, par M. Toullier, tome 5, n° 38, et par M. Delvincourt, tome 1er, page 827. Il est même à remarquer que M. Rolland de Villargues, qui l'avait combattue par une dissertation insérée dans le recueil de M. Sirey, tome 19, partie 2, page 59, a fini par en reconnaître la justesse dans son *Traité des substitutions prohibées*, n° 232.

II. Mais de ce que la substitution de ce qui restera, ne vicie pas la disposition principale, s'ensuit-il qu'elle doit avoir son effet pour les biens non aliénés par le grevé?

M. Rolland de Villargues, n° 332, prétend que non.

« En effet (dit-il), pourquoi cette disposition ne doit-elle pas être regardée comme une substitution prohibée? C'est parcequ'elle forme une disposition non obligatoire, une disposition nulle.

» Or, à quel titre le tiers appelé pourrait-il réclamer les biens que le grevé n'aurait pas aliénés? Ce ne pourrait être qu'en vertu de cette disposition nulle. Or, ce qui est nul ne peut produire d'effet : *quod nullum est, nullum producit effectum* ».

M. Rolland de Villargues n'ajoute pas, mais j'ajoute pour lui, que son opinion a été adoptée par un arrêt de la cour royale de Paris, du 26 janvier 1808, dont voici l'espèce :

Marie Perchenet avait fait un testament par lequel le sieur Lamiraux était institué son légataire universel, à la charge que, s'il mourait sans avoir disposé des biens qu'elle lui laissait, ils retourneraient à Marie-Anne Lamiraux, femme Jayer, sa nièce.

Après la mort de la testatrice, les sieur et dame Platelet, ses héritiers légitimes, ont attaqué ce testament et ont soutenu qu'il était nul, parceque l'un des témoins instrumentaires qui y avaient assisté, était parent, au 3e ou 4e degré, de la dame Jayer, appelée conditionnellement à recueillir après la mort du légataire universel.

Le 13 janvier 1807, jugement du tribunal civil de Sainte-Menehould, qui admet les sieur et dame Platenet à prouver que le témoin dont il s'agit, est effectivement parent de la dame Jayer, au degré prohibé par l'art. 975 du Code civil;

Et cette preuve faite, second jugement qui déclare le testament nul.

Appel de ces deux jugemens, de la part du sieur Lamiraux.

La dame Jayer, dit-il, n'est ni héritière, ni légataire de la testatrice; la parenté qui existe entre elle et l'un des témoins instrumentaires, ne peut donc pas faire annuler le testament. Qu'importe qu'elle soit appelée à recueillir les biens que le légataire n'aurait pas aliénés avant son décès? Cette disposition ne lui donne absolument aucun droit, puisque le légataire universel peut la rendre inutile en disposant de tout. Vainement prétendrait-on en faire résulter une Substitution fidéicommissaire : il ne peut pas exister de Substitution fidéicommissaire là où il n'y a point tout à-la-fois *charge de conserver et de rendre*.

Les intimés répondent que, si la disposition éventuelle dont il s'agit, n'est point une Substitution fidéicommissaire, elle forme du moins un legs conditionnel; qu'ainsi, elle doit, en cas d'événement de la condition, tourner au profit de la dame Jayer; et que par conséquent il n'en faut pas davantage pour que la présence d'un parent de celle-ci, à la confection du testament en qualité de témoin, annulle le testament même.

Par arrêt du 26 janvier 1808,

« Attendu que le testament dont il s'agit, ne contient ni substitution, ni legs au profit de la nièce de la testatrice; que la disposition concernant sa nièce est censée non écrite, comme ne pouvant produire aucun effet; d'où il suit que l'enquête ordonnée est frustratoire;

» La cour a mis et met l'appellation et ce dont est appel au néant; émendant, décharge Lamiraux des condamnations contre lui prononcées par les jugemens dont est appel; au principal, déboute Patelet et sa femme de leur demande en nullité, en tant qu'elle est fondée sur la prétendue parenté du témoin avec la nièce de la testatrice... (1) ».

---

(1) Cet arrêt, qui est rapporté dans la *jurisprudence de la cour de cassation*, tome 10, partie 2, page 493, forme évidemment un double emploi avec

Digitized by Google

M. Toullier soutient, au contraire, que le fidéicommis *de eo quod supererit*, doit avoir tout son effet au profit de celui qui y est appelé, sur les biens non aliénés par le grevé, parcequ'il forme un legs subordonné à une condition qu'aucune loi ne réprouve; et je ne comprends pas, je l'avoue, l'objection qu'oppose M. Rolland de Villargues à cette raison.

Sans doute, un pareil fidéicommis n'est point obligatoire pour le grevé, en ce sens que le grevé peut en faire manquer la condition, en aliénant tous les biens qui en sont l'objet; mais ce n'est pas à dire pour cela qu'il soit nul, et que l'on doive y appliquer la maxime, *quod nullum est, nullum producit effectum*. Il ne pourrait être nul, qu'autant que la loi eût réprouvé la condition de laquelle il dépend, et c'est ce qu'elle n'a pas fait.

Inutile d'objecter que les choses reviennent au même que si le testateur eût dit : « je vous » laisse mes biens, à la charge de les rendre » à un tel, *si vous le voulez* »; et que, dans cette hypothèse, le fidéicommis serait nul, aux termes de la loi 43, §. 2, et de la loi 75, D. *de legatis* 1°.

Pourquoi, dans cette hypothèse, le fidéicommis serait-il nul? Parcequ'il dépendrait de la pure volonté de l'héritier institué, parcequ'il serait, suivant l'expression de la première de ces lois, *in meram voluntatem heredis collatum*. Mais ici, ce n'est pas la pure volonté de l'héritier institué qui forme la condition du fidéicommis, c'est le défaut d'exercice du pouvoir d'aliéner; et ce défaut n'est pas essentiellement l'effet direct et immédiat de la volonté de l'héritier institué, il peut aussi avoir pour cause, soit la minorité, soit l'interdiction de celui-ci, soit un simple manque d'occasions de réaliser les aliénations qu'il a en vue. Au surplus, la différence d'un cas à l'autre est très-bien marquée dans le passage suivant du traité de Thevenot d'Essaule, *des Substitutions fidéicommissaires*, chap. 48, §. 1 : « Le substituant peut permettre l'aliénation indéfinie. Une substitution qui contiendrait cette clause, serait valable, vu » qu'il y aurait obligation de rendre dans le » cas où le grevé n'aurait pas aliéné. *Si in* » *totum alienationem permisisset*, dit Pérégrinus, traité *de fideicommissis*, art. 40, n° 43, » *id testator absque dubio facere potuisset;* » *et fideicommissum eo casu operaretur, non* » *secutâ alienatione*. Autre chose serait si le » substituant avait dit au grevé, *vous rendrez les biens si vous voulez*. Car alors il » n'y aurait aucune obligation de rendre. Ce » serait un fidéicommis laissé à la volonté absolue du grevé, lequel serait nul ».

Aussi l'arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles, du 8 mars 1821, rapporté au n° précédent, ne s'est-il pas borné à déclarer non abolie par la loi du 14 novembre 1792, la substitution que contenait au profit des héritiers du sieur Collart, de la moitié des biens dont son épouse survivante n'aurait pas disposé par actes entre-vifs, et a-t-il ajouté que cette partie des biens du sieur Collart était dévolue à ses héritiers.

C'est sur le même fondement qu'a été rendu, depuis, par la cour supérieure de justice de La Haye, un arrêt dont voici l'espèce :

Le 1er avril 1802, testament conjonctif par lequel le sieur W.... et son épouse, domiciliés à Rotterdam, s'instituent héritiers l'un de l'autre, avec faculté de vendre, aliéner et hypothéquer, mais sans pouvoir disposer par donation ou testament, et sous la condition que les biens des deux époux qui resteront à la mort du survivant, seront partagés par moitié entre leurs héritiers respectifs.

La dame W.... décède la première, après la publication du Code civil en Hollande.

Le sieur W.... fait alors un testament par lequel il lègue tous ses biens à ses héritiers *ab intestat;* et il meurt quelque temps après.

Les héritiers de la dame W.... se pourvoient contre ceux du mari, en partage des biens délaissés en commun par les deux époux; et faisant valoir en première ligne, leur qualité d'héritiers *ab intestat*, ils attaquent le testament conjonctif du 1er avril 1802, comme renfermant une substitution prohibée par l'art. 896 du Code civil; mais ils concluent subsidairement à l'exécution de la clause de ce testament qui les appelle au partage par moitié des biens des deux successions.

Les héritiers du sieur W.... répondent que le fidéicommis renfermé dans le testament, n'a pas pu annuler l'institution à laquelle il a

---

un prétendu arrêt de la même cour du 20 janvier 1806 que le même recueil indique, tome 7, page 1241, comme jugeant, entre les sieur et dame Platelet et le sieur Lamiraux, qu'*est réputée non écrite la clause par laquelle le testateur appelle un tiers à recueillir les biens qu'il donne à un premier institué, dans le cas où celui-ci n'en disposerait pas autrement; et que cette clause n'est pas une substitution proprement dite qui annulle l'institution*. C'est donc par une erreur manifeste que M. Rolland de Villargues présente ce prétendu arrêt comme jugeant, contre l'opinion à laquelle il est sagement revenu, que le fidéicommis *de eo quod supererit*, emporte la nullité de la disposition principale qu'il modifie.

Digitized by Google

été apposé, parceque, s'il chargeait l'époux survivant de *rendre*, il ne le chargeait pas de *conserver;* qu'ainsi, l'institution a dû avoir tout son effet en faveur du survivant, quoique le premier mourant soit décédé sous le Code civil; mais que les demandeurs n'en sont pas mieux fondés dans leurs conclusions subsidiaires; qu'en effet, si le fidéicommis n'a point vicié le testament, il n'en est pas moins devenu caduc par l'effet de l'art. 896 du Code civil, qui, dans sa première partie, qu'il faut bien distinguer de la seconde, porte, en termes absolus, que *les substitutions sont prohibées;* qu'en tout cas, la défense de donner et de tester contenue dans le testament, était radicalement nulle d'après les principes établis dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Substitution fidéicommissaire*, sect. 8, n° 5, et que, par suite, le second testament du sieur W...., par lequel ils sont seuls institués ses héritiers universels, doit recevoir sa pleine exécution, tant à l'égard des propres biens du testateur, que pour ceux qui proviennent de sa femme.

Le 3 juillet 1822, jugement du tribunal de première instance de Rotterdam, qui rejette les conclusions principales des héritiers de la dame W...., mais accueille leurs conclusions subsidiaires, et en conséquence ordonne l'exécution de la clause du testament conjonctif du 1er avril 1822, par laquelle ils sont appelés au partage pour moitié de tous les biens des deux successions non aliénés par l'époux survivant,

« Attendu qu'à la vérité, le Code civil prohibe les *substitutions*, avec cet effet que la nullité qu'il prononce, frappe également et l'institution et la substitution; mais que cette prohibition, d'après l'esprit de la loi, ne s'applique qu'aux substitutions proprement dites, c'est-à-dire, aux dispositions qui renferment en même temps et la charge de *conserver* et celle de *rendre;*

» Que, quelque soit la contexture de l'art. 896 du Code civil, on ne peut non plus admettre la distinction faite par les défendeurs, entre les substitutions simplement prohibées, et qui, comme telles, devraient être réputées non écrites, et les Substitutions fidéicommissaires frappées de nullité, même quant à l'institution; que cette distinction n'est ni dans la lettre ni dans l'esprit de la loi; qu'au contraire, l'intention du législateur paraît n'avoir été que de faire porter la prohibition sur les substitutions qui renfermeraient la charge de conserver et de rendre;

» D'où il suit que, dans l'espèce, le testament dont il s'agit, ne contenant pas la charge de conserver et de rendre, ne présente pas une substitution de la nature de celles que la loi prohibe et annulle avec l'institution; qu'il n'y a pas davantage lieu de maintenir l'institution, en prononçant la nullité de la substitution, sur le fondement que celle-ci serait réputée non écrite, suivant l'art. 900 du Code civil;

» Qu'il n'existe pas non plus de loi expresse qui défende de disposer de ses biens sous certaines restrictions; qu'au contraire, l'art. 899 du Code civil autorise ce mode de disposer; que pareille défense ne résulte nullement de la définition générale de la propriété, donnée par l'art. 544 du même Code; que, par suite, la clause du testament par laquelle la faculté de donner et de tester est exceptée de celle qui accorde la libre disposition, ne peut être considérée comme contraire à la loi, ni partant réputée non écrite;

» Qu'il résulte de tout ce qui précède, que les dispositions du même testament sont valables et doivent sortir leur plein et entier effet ».

Les héritiers du sieur W.... appellent envain de ce jugement; par arrêt du 25 juillet 1823, la cour supérieure de justice de La Haye adopte les motifs des premiers juges et met l'appellation au néant (1).

III. Occupons-nous maintenant de la particularité qui se rencontrait dans les espèces des arrêts des cours de Nîmes et de Metz, des 17 août 1808 et 16 février 1815, rappelés ci-dessus, n° 1, c'est-à-dire, de la clause par laquelle le donateur ou testateur, en chargeant son donataire ou légataire de remettre les biens à un tiers, lorsqu'il mourra, l'autorise à les vendre et hypothéquer en cas de besoin : cette clause laisse-t-elle à la disposition du donateur ou testateur, le caractère de véritable fidéicommis *de eo quod supererit*, et met-elle en conséquence la donation ou le legs à l'abri de la nullité dont l'une ou l'autre seraient frappés, d'après l'art. 896 du Code civil, s'il y avait réellement Substitution fidéicommissaire?

On peut dire pour la négative, que, dans cette clause, les mots *en cas de besoin* forment la condition sous laquelle le donateur ou testateur permet à son donataire ou légataire d'aliéner ou d'hypothéquer; qu'il ne dépend pas du légataire ou donataire de faire arriver ou manquer cette condition; qu'ainsi,

(1) *Jurisprudence de la cour supérieure de justice de Bruxelles*, année 1824, tome 2, page 365.

Digitized by Google

le donataire ou légataire est chargé, non seulement de rendre les biens à son décès, mais encore de les conserver jusqu'alors, s'il ne lui survient pas de besoins qui le forcent de les hypothéquer ou aliéner; et que par conséquent cette clause n'efface pas de la disposition qu'elle modifie, le caractère de substitution prohibée.

« Mais (dit fort judicieusement M. Rolland de Villargues, n° 236) la question n'est pas de savoir si, en thèse générale, les expressions *en cas de besoin*, forment ou non une *condition* valable, dont le sens soit de modifier la disposition à laquelle elle est attachée. Il s'agit de savoir si, dans l'absence de lois qui déterminent les effets d'une pareille condition, il n'est pas permis de prendre ces expressions *en cas de besoin du grevé*, dans le sens le plus large, c'est-à-dire, dans un sens tel que le droit d'aliéner ne dépende que de la *volonté* du grevé; de manière que la charge ou l'obligation de rendre, n'étant plus subordonnée qu'à une condition *potestative*, déclarée nulle par la loi, l'institution ou la première disposition reste valable? Telle est la question.

» Or, s'il est vrai que bien des choses soient susceptibles d'être réglées par l'arbitrage du juge ou de l'homme de bien, *arbitrio boni viri* (loi 15, §. 1, D. *de annuis legatis*), comment régler *les besoins* d'un grevé et faire qu'ils soient indépendans de sa *volonté?* N'est-ce pas dans notre volonté, bien ou mal ordonnée, qu'est la source de nos besoins?

» Il est donc permis de prendre ces expressions *en cas de besoin du grevé*, dans le sens le plus large; et l'arrêt qui déciderait que de pareilles expressions n'empêchent pas le grevé d'aliéner autant que bon lui semble, et que, de sa *volonté* seule dépend l'obligation de rendre, l'arrêt qui, par ces motifs, aurait évité de prononcer la nullité d'une institution ou d'un legs, serait d'autant moins exposé à la censure de la cour de cassation, 1° qu'il ne violerait aucune loi; 2° qu'il est de principe que l'on ne peut faire résulter une substitution d'une clause qui n'est pas *obligatoire;* 3° enfin, que, suivant un autre principe, l'on ne doit admettre de substitution qu'autant qu'elle résulte nécessairement des dispositions du testateur ».

§. XIV. *L'héritier institué ou le légataire universel peut-il être, sous le Code civil, forcé par l'héritier* ab intestat *de répondre à un interrogatoire sur faits et articles tendant à établir que son institution ou son legs universel a été verbalement grevé par le testateur d'une Substitution fidéicommissaire?*

Il est certain que, si l'héritier *ab intestat* prétendait prouver, par l'interrogatoire sur faits et articles du légataire universel, une disposition verbale du défunt qui, dans le cas où elle serait écrite et revêtue des solennités requises par la loi, ne serait que nulle, qui, dans ce cas, *vitiaretur et non vitiaret*, il ne devrait pas être écouté, et le légataire universel serait en droit de ne pas répondre.

C'est ainsi que, sous l'empire de l'ordonnance de 1735 dont l'art. 1er annulait toute disposition testamentaire qui ne serait que verbale, mais à une époque où les Substitutions fidéicommissaires étaient valables, lorsque, faites au profit de personnes capables de recevoir, elles étaient consignées dans des testamens en bonne forme, il a été jugé par un arrêt du conseil, portant cassation d'un arrêt du parlement de Bordeaux de 1739, qui avait décidé le contraire, que l'on ne pouvait pas exiger de l'héritier institué son affirmation sur l'existence d'un fidéicommis dont on prétendait qu'il avait été chargé verbalement par le testateur (1).

Pourquoi, en pareil cas, le légataire universel n'est-il pas obligé d'affirmer que le testateur ne l'a pas chargé verbalement de telle disposition? Parceque son aveu même n'effacerait pas la nullité dont cette disposition, si elle avait eu lieu, se trouverait frappée par l'absence des formes qui en constituent l'essence, et qu'à défaut d'allégation d'aucun motif frauduleux qui eût porté le testateur à ne faire cette disposition que verbalement, le testateur serait censé ne l'avoir faite verbalement qu'avec l'intention qu'elle n'eût aucun effet.

Mais ce n'est pas sur une disposition de cette nature, que porte notre question. L'héritier *ab intestat* ne demande pas l'affirmation du légataire universel sur une disposition qui n'est que nulle: il la demande sur une disposition qui, non seulement est nulle, mais qui emporte la nullité de l'institution qu'elle modifie; sur une disposition qui *vitiatur et vitiat*, par cela seul qu'elle porte le caractère d'une substitution aujourd'hui prohibée; et l'on conçoit facilement qu'il n'en peut pas être d'une telle disposition comme de celle dont

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Testament*, sect. 2, §. 1, art. 2, n° 3.

Digitized by Google

il s'agissait dans l'espèce jugée à Bordeaux en 1739.

Dans cette espèce, la substitution prétendue faite verbalement, n'était que nulle : on ne l'alléguait que pour en réclamer l'exécution ; et c'était par conséquent sans intérêt qu'on l'alléguait, puisque l'aveu même qu'en eût fait l'héritier institué, ne l'eût pas obligé à l'exécuter. C'était donc le cas de la maxime : *frustrà probatur quod probatum non relevat.*

Mais une disposition, qui tout à-la-fois, *vitiatur et vitiat,* ce n'est pas pour en demander l'exécution qu'on l'allègue : on ne l'allègue que pour faire annuler l'institution d'héritier à laquelle on soutient que le testateur l'a ajoutée verbalement ; on ne l'allègue que comme un moyen frauduleusement concerté entre le testateur et l'héritier institué, pour éluder la prohibition de la loi ; et comment, dès-lors, l'héritier institué pourrait-il se refuser à l'affirmation que l'on exige de lui sur l'existence ou l'inexistence de cette disposition ?

Dira-t-il qu'en faisant cette prétendue disposition verbalement, le testateur savait bien qu'il ne serait pas tenu de l'exécuter ?

On lui répondra qu'il n'en est pas moins vrai que le testateur ne l'a institué héritier que par l'impulsion de la confiance qu'il a eue en lui ; qu'il s'est reposé sur sa bonne foi de l'exécution de sa volonté, quelque contraire qu'elle fût à celle du législateur ; qu'il s'est formé, par là, entre lui et le testateur, un pacte illicite et frauduleux ; que ce pacte a beau être dénué de moyens d'exécution ; que son inefficacité n'empêche, ni qu'il n'ait été le motif déterminant de l'institution d'héritier, ni que l'institué ne puisse se croire obligé, en conscience, de l'exécuter avec une religieuse fidélité ; que par conséquent l'institution d'héritier ne pourrait avoir son effet, qu'autant que la preuve de ce pacte viendrait à manquer ; et que, puisque c'est pour parvenir à cette preuve qu'on l'interroge sur faits et articles, il faut de toute nécessité qu'il réponde.

C'est en raisonnant ainsi, que l'on jugeait constamment avant le Code civil, que l'héritier institué ne pouvait pas se refuser à la prestation du serment qui lui était déféré sur le point de savoir si le testateur ne l'avait pas chargé verbalement de remettre la succession, soit en totalité, soit en partie, à une personne incapable dont il fût le prête-nom.

Il y en a deux arrêts célèbres du parlement de Paris qui sont rapportés dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Fidéicommis tacite*, n° 4, et qui ont été rendus en 1716, c'est-à-dire, dans un temps où, à la vérité, n'existait pas encore l'ordonnance de 1735 qui a, depuis, annulé toute disposition testamentaire non rédigée par écrit, mais où déjà, et depuis très-long temps, le parlement de Paris, devançant cette loi par sa jurisprudence, s'était fait une règle invariable de ne plus reconnaître aucun testament verbal (1).

La même chose a été jugée sous le Code civil. Voici dans quelle espèce.

Le sieur Jonery avait, par un testament olographe, institué le sieur Cognac son légataire universel.

Le sieur Teulot, héritier *ab intestat,* ayant des raisons de croire que le sieur Cognac n'était qu'une personne interposée pour faire passer la succession à des incapables, a demandé qu'il fût interrogé sur faits et articles.

Le légataire universel a soutenu qu'aucune disposition testamentaire ne pouvant valoir qu'autant qu'elle est écrite, la preuve vocale d'un fidéicommis tacite n'était pas admissible ; et il a inféré de là qu'il ne pouvait pas être obligé de subir l'interrogatoire auquel concluait le sieur Teulot.

Le 9 mars 1814, jugement du tribunal de première instance de Rhodez, qui ordonne au sieur Cognac de répondre aux faits et articles posés par son adversaire.

Appel de la part du sieur Cognac.

Le 27 juillet de la même année, arrêt confirmatif de la cour royale de Montpellier.

Recours en cassation ; et le 18 mars 1818, arrêt contradictoire de la section civile de la cour de cassation qui le rejette, « attendu que » l'interrogatoire sur faits et articles ne peut » être assimilé à la preuve testimoniale, puis- » que son admission, qui peut toujours être » demandée, n'autorise qu'une interpellation » à la bonne foi de la partie interrogée, au » lieu d'admettre contre elle le témoignage » d'autrui (2) ».

Ces arrêts ont évidemment jugé qu'encore que toute disposition testamentaire purement verbale soit nulle, l'héritier institué ne laisse pas d'être tenu de se purger, par serment, sur le fait allégué par l'héritier *ab intestat*, que le testateur lui a imposé verbalement une condition qui, si elle lui avait été réellement imposée, emporterait la nullité de l'institution.

Et l'on voit que ce principe n'est pas moins applicable au cas où une Substitution fidéicommissaire est alléguée avoir été imposée par le testateur à l'héritier institué, qu'à celui où

(1) Ricard, *Traité des donations*, partie 1, n° 1497.

(2) Recueil de M. Sirey, 1818, part. 1, page. 274.

Digitized by Google

il est articulé que l'héritier institué a été chargé verbalement par le testateur de remettre immédiatement, soit la totalité, soit une partie de la succession, à un incapable.

Dans un cas comme dans l'autre, en effet, il y a fraude à la loi qui n'est pas moins sévère lorsqu'elle prononce la nullité de toute disposition contenant charge de conserver et de rendre, qu'elle ne l'est lorsqu'elle déclare nulle toute disposition faite au profit d'un incapable, par interposition de personne. Et dès-là, il ne peut y avoir ni raison ni prétexte pour dispenser, dans le premier cas, l'héritier institué d'une affirmation à laquelle il ne peut pas se refuser dans le second.

Pour que l'héritier institué fût, dans le premier cas, fondé dans son refus de répondre à l'interpellation qui lui est faite, il faudrait qu'il pût aller jusqu'à dire que, quand même il avouerait expressément que le défunt l'a grevé verbalement d'une Substitution fidéicommissaire, et qu'il lui a promis de l'exécuter, son institution n'en serait pas moins valable. Or, voici une espèce dans laquelle la cour de cassation a formellement jugé qu'un pareil aveu emporte, pour l'héritier institué qui le fait, la nullité de son institution. Je la retrace ici telle qu'elle se trouve dans le recueil de M. Sirey, tome 15, page 174, et dans celui du continuateur de Denevers, année 1815, page 81.

Le 2 août 1803, testament olographe par lequel la demoiselle de Thiville, après avoir légué au sieur de Thiville, son frère, la terre de Prelefort, et fait quelques autres dispositions particulières, institue le sieur Lefebvre son légataire universel, à la charge d'acquitter les dettes de son frère.

Après la mort de la testatrice, il tombe entre les mains du sieur de Thiville une copie de deux lettres que celle-ci avait écrites, dans les derniers temps de sa vie, au sieur Lefebvre et dont l'une porte : *vous voudrez bien arranger tout cela, de manière que mes neveux puissent jouir également. Si mon frère vient à mourir, vous garderez le tout jusqu'à la majorité, accumulant les revenus; s'il en reste quelque chose, je veux qu'ils le partagent également; vous retiendrez, bien entendu, le droit qui vous est dû pour faire valoir le bien;* l'autre ajoute : *vous savez, monsieur, que nous sommes convenus de donner à mes neveux et nièces la nue propriété de mon bien et la jouissance à mon frère.*

Le sieur de Thiville fait en conséquence assigner le sieur Lefebvre devant le tribunal civil d'Orléans, pour voir dire que son legs universel sera déclaré nul, comme grevé d'une Substitution fidéicommissaire.

Le 19 décembre 1812, jugement qui ordonne au sieur Lefebvre de déclarer en personne, à l'audience, si les deux lettres dont la copie est représentée, lui ont été adressées par la testatrice, s'il les a ou les a eues en sa possession, et si, en acceptant le legs universel, il a entendu l'accepter pour lui-même.

Le sieur Lefebvre ne comparaît pas; et par suite, il intervient par défaut un second jugement qui déclare le testament nul.

Appel du premier de ces jugemens de la part du sieur Lefebvre, à la cour d'Orléans.

La cause portée à l'audience, le sieur Lefebvre, interrogé par la cour, déclare *qu'il a reçu les lettres qu'on lui oppose, qu'il en a les originaux, qu'il est prêt à les déposer, que le legs fait en sa faveur est sérieux jusqu'à concurrence des dettes, et qu'à l'égard du surplus du legs, il entend se conformer aux intentions de mademoiselle de Thiville, consignées dans ces lettres.*

Le 8 avril 1813, arrêt qui annulle le legs universel,

« Attendu qu'en frappant de nullité les substitutions et les dispositions qui en sont grevées, l'art. 896 du Code civil a donné aux héritiers légitimes le droit de prouver que le légataire, l'héritier ou le donataire avaient été chargés tacitement d'un fidéicommis;

» Que cette preuve peut être faite, soit par l'aveu et la confession de l'institué, soit par titres ou par témoins; que la conduite du sieur Lefebvre et son refus de s'expliquer devant les premiers juges, faissient déjà soupçonner que les biens de la testatrice n'étaient dans ses mains qu'à titre de fidéicommis;

» Que ces présomptions se sont tournées en certitude par l'aveu positif qu'il a fait à l'audience; et que les lettres de la testatrice, quoiqu'elles ne puissent pas être assimilées à un testament, doivent servir néanmoins à manifester ses dernières intentions, puisqu'en principe, un testament n'est que l'expression des dernières volontés du testateur ».

Le sieur Lefebvre se pourvoit en cassation contre cet arrêt, et l'attaque en première ligne, comme violant l'art. 893 du Code civil, aux termes duquel *on ne pourra disposer de ses biens à titre gratuit, que par donation entre-vifs, ou par testament dans les formes ci-après établies.*

« Les substitutions (dit-il) sont évidemment comprises dans les dispositions de cet article; il faut donc qu'elles soient faites ou

Digitized by Google

dans la forme d'une donation entre-vifs ou par un testament, et la loi veut que ces actes soient rédigés par écrit et revêtus des formes qu'elle a déterminées. Comment donc la cour d'appel d'Orléans a-t-elle pu déclarer qu'une Substitution fidéicommissaire pouvait être prouvée par témoins?

» Pour admettre ce genre de preuve, voudrait-on considérer une substitution, non comme une seconde disposition, mais comme une modification de la disposition principale? On n'en serait pas plus avancé; car l'art. 1341 du Code civil ne permet pas d'admettre la preuve testimoniale, ni contre la teneur des actes, ni contre leur contenu.

» Les lettres de la testatrice ne servaient pas davantage à la preuve du fidéicommis par son frère. Ces lettres ne sont revêtues d'aucune des formes prescrites, soit pour les donations entre-vifs, soit pour les testamens; elles étaient donc incapables de fournir la preuve de cette prétendue substitution. Si les substitutions étaient autorisées, accueillerait-on les prétentions d'un homme qui chercherait à dépouiller l'héritier institué sur le fondement que, par des lettres du défunt qu'il produirait, il serait prouvé que l'héritier institué avait été grevé d'une substitution à son profit? L'institué ne répondrait-il pas avec succès qu'une substitution ne peut être prouvée que par des actes rédigés dans les formes légales, et que les titres qu'on lui oppose sont sans valeur devant les tribunaux? Et puisque les substitutions, si elles étaient permises, ne pourraient pas être prouvées par de simples lettres, comment ce genre de preuve pourrait-il être admis pour en établir l'existence lorsqu'elles sont défendues?

» L'aveu de l'héritier institué ne sert pas davantage à prouver l'existence du fidéicommis.

» En premier lieu, la loi veut impérieusement que les dernières volontés soient rédigées dans la forme des testamens, et l'on ne peut pas attribuer la nature et l'effet du testament à l'aveu de l'héritier.

» Secondement, l'héritier qui, par le testament, n'est grevé d'aucune substitution, est irrévocablement investi de la propriété de tous les biens du défunt; il ne peut perdre cette propriété qu'en la transmettant par des titres onéreux ou gratuits; ses aveux, quels qu'ils soient, ne constituent pas des actes de cette nature, et ne peuvent par conséquent pas le dépouiller de la propriété qui lui appartient.

» Le demandeur a déclaré, il est vrai, qu'il entendait se conformer aux intentions que la testatrice avait exprimées dans ses lettres; mais il n'est pas convenu qu'il était grevé d'une substitution; aucune obligation ne lui était imposée; la restitution des biens était entièrement volontaire de sa part; il était le maître de les conserver ou d'en disposer à son gré; il n'était pas plus tenu de les restituer, qu'il n'aurait été tenu d'acquitter un legs que la testatrice aurait fait sans formalité ».

A ce premier moyen de cassation, le sieur Lefebvre en ajoute un second qu'il fait résulter de l'art. 1035 du Code civil. Suivant cet article, dit-il, « les testamens ne peuvent » être révoqués, *en tout ou en partie*, que » par un testament postérieur ou par un acte » devant notaire, portant déclaration du changement de volonté ». Or, qu'aurait fait la demoiselle Thiville si, après m'avoir institué purement et simplement son légataire universel, elle avait entendu me grever d'une Substitution fidéicommissaire? Bien certainement elle aurait révoqué mon institution; car c'eût été la révoquer que d'y ajouter une substitution qui l'eût viciée. La cour royale d'Orléans a donc, par cela seul qu'elle a admis l'existence d'une substitution, jugé que le testament de la demoiselle de Thiville était légalement révoqué, quoiqu'il n'y eût, ni testament postérieur, ni acte devant notaire qui constatât un changement de volonté de la part de la testatrice. Elle a donc violé l'art. 1035 du Code civil, comme elle en a violé l'art. 893.

Mais par arrêt du 22 décembre 1814, au rapport de M. Rousseau, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Joubert,

« Attendu que l'arrêt se justifie par le principe généralement reconnu que l'intention des parties s'explique plutôt par les faits réels qui la manifestent, que par le sens littéral des termes mêmes de leur déclaration, et que, dans la cause, aux lettres écrites par la testatrice relatives au testament, se joint l'aveu même du demandeur en cassation; que l'arrêt attaqué n'a ordonné dans son dispositif aucune preuve testimoniale; que la cour n'a aucunement considéré les lettres missives dont il s'agit, comme un changement de volonté; qu'elles ont servi seulement, ainsi que l'aveu du demandeur, à fixer la véritable intention de la testatrice sur la nature du legs qu'elle lui faisait; que par conséquent il n'y a aucune application à faire de l'art. 1035 du Code civil;

» La cour (section des requêtes) rejette le pourvoi.... ».

On voit que, dans cette espèce, le sieur

Digitized by Google

Lefebvre était d'accord avec son adversaire sur le caractère du fidéicommis dont il convenait que son institution avait été grevée verbalement par la testatrice; qu'il reconnaissait que ce fidéicommis, s'il eût été consigné, soit dans le testament du 2 août 1803, soit dans un acte postérieur de la même nature, aurait formé une substitution prohibée par l'art. 896 du Code civil, et que la nullité de son institution en eût été la conséquence nécessaire; mais que, pour échapper à cette conséquence, il se retranchait à dire que le fidéicommis était nul dans la forme, et qu'une disposition nulle ne pouvait pas avoir l'effet d'annuler une disposition valable.

Pourquoi n'a-t-il pas été plus loin? Pourquoi n'a-t-il pas dit que, quand même le fidéicommis dont il s'agissait, eût été écrit en toutes lettres dans le testament de la demoiselle de Thiville, il n'aurait porté aucune atteinte à l'institution; parcequ'il n'en serait résulté qu'une simple *fiducie*, qui n'a rien de commun avec la Substitution fidéicommissaire, et à laquelle l'art. 896 du Code civil est tout-à-fait etranger (1)? Pourquoi n'a-t-il pas ajouté que, dès-lors, l'héritier *ab intestat* était sans qualité pour rechercher si la demoiselle de Thiville, qui pouvait faire une fiducie expresse, n'avait fait qu'une fiducie simulée, ou, ce qui était la même chose, si, au lieu d'instituer expressément ses neveux et nièces, elle les avait institués par l'interposition d'un tiers; qu'il ne pouvait résulter de là qu'un déguisement dans leur institution, et qu'il est de jurisprudence constante que les libéralités déguisées, soit par interposition de personnes, soit par simulation d'actes, n'en sont pas moins valables, lorsqu'elles sont faites au profit de personnes capables de recevoir, et qu'elles ne sont en opposition avec aucune loi prohibitive (2)? Pourquoi, en un mot, tandis qu'il pouvait, par un moyen aussi simple et aussi péremptoire, repousser l'attaque de son adversaire, a-t-il supposé avec celui-ci, que le fidéicommis dont la testatrice l'avait grevé verbalement, et de l'exécution duquel il s'était chargé, portait véritablement le caractère d'une substitution prohibée?

Je l'ignore, c'est trop peu dire, je ne puis même le concevoir, et c'est ce qui me fait soupçonner qu'il y avait dans cette espèce quelques circonstances que n'ont pas remarquées les auteurs qui la rapportent, et d'après lesquelles un pareil moyen de défense n'était pas proposable.

Quoiqu'il en soit, il demeure toujours constant que la cour royale d'Orléans et la cour de cassation, après elle, ont raisonné sur cette affaire, comme si le fidéicommis verbal dont il s'agissait, eût été une véritable Substitution fidéicommissaire; que c'est en le considérant comme tel, que l'une et l'autre ont jugé qu'il était légalement prouvé par l'aveu de l'héritier institué, et que la preuve qui en était acquise par cet aveu, emportait la nullité de l'institution, ni plus ni moins que si elle fût résultée des propres termes du testament; qu'ainsi, la doctrine que j'établis dans ce paragraphe, se trouve, indépendamment des raisons qui me paraissent la justifier complètement, appuyée de l'autorité d'un arrêt de la cour de cassation, confirmatif d'un arrêt de la cour royale d'Orléans.

Cependant M. Rolland de Villargues, dans son *Traité des substitutions prohibées*, chap. 17, s'élève contre cette doctrine; mais il me paraît détruire lui-même la critique qu'il en fait, par l'hommage qu'il est forcé de rendre, n° 297, au principe que, lorsqu'il s'agit *d'un fidéicommis tacite* au profit d'un incapable, on peut en chercher la preuve hors de l'acte qui contient l'institution, et la tirer notamment de l'aveu du fiduciaire; car, je l'ai déjà dit, il y a fraude à la loi qui défend de substituer, lorsqu'à côté d'une institution ostensiblement pure et simple, on place, de concert avec l'institué, une substitution verbale ou consignée dans un acte informe et destiné à rester secret, comme il y a fraude à la loi qui défend de donner à un incapable, lorsque, donnant réellement à un incapable, on donne ostensiblement à une personne qui est habile à recevoir; et il est, dès-lors, bien impossible de ne pas appliquer au premier cas le mode de preuve qui est admis sans difficulté dans le second.

M. Rolland de Villargues prétend, il est vrai, que l'on ne peut pas argumenter de l'un à l'autre cas; mais comment le prouve-t-il? Voici ses termes :

« Lorsqu'il s'agit d'un fidéicommis tacite, l'articulation de fraude s'attache à une disposition qui est *écrite*, qui existe et qu'il n'est pas nécessaire de supposer; de sorte qu'il ne s'agit que de prouver qu'elle dissimule le véritable gratifié; que celui qui est nommé, n'est qu'une personne interposée pour faire passer la chose à un incapable. En un mot, c'est une pure question de *fraude* qui s'élève.

» Mais lorsqu'il s'agit de savoir si l'on peut prouver qu'un testateur a grevé son héritier

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Fiduciaire*, n° 3.

(2) *V.* Particle *Donation*, §. 5.

Digitized by Google

institué, d'une substitution prohibée, dans ce cas, la question se complique. Pour prétendre que l'institution fait fraude à la loi et doit être annulée, l'on est obligé de supposer l'existence d'une disposition qui n'est pas *écrite*, et sur laquelle le testament garde le silence. Si nous ne nous faisons pas illusion, la question n'est plus une simple *question de fraude*. Elle consiste à savoir si les substitutions que la loi a déclarées nulles, et dont le sort doit influer sur l'institution elle-même, peuvent être établies autrement que dans la forme, soit d'une donation, soit d'un testament ».

J'avoue que je ne comprends pas la différence que M. Rolland de Villargues croit apercevoir entre les deux espèces. Si, dans la première, il existe une disposition écrite qui gratifie ostensiblement une personne capable de recevoir, il existe aussi dans la seconde une disposition écrite qui institue ostensiblement un héritier qu'elle appelle à posséder incommutablement les biens du testateur; et de même que, dans l'une, il y a fraude à la loi, parceque le donataire ostensible ne sert que de masque au donataire véritable, il y a nécessairement aussi fraude à la loi dans l'autre, parcequ'une Substitution fidéicommissaire est cachée sous les apparences d'une institution pure et simple. Ainsi, de même que, dans la seconde, *pour prétendre que l'institution fait fraude à la loi et doit être annulée, l'on est obligé de supposer l'existence d'une substitution qui n'est pas écrite, et sur laquelle le testament garde le silence*, de même aussi, dans la première, ce n'est qu'en supposant, au profit de l'incapable, l'existence d'une disposition qui n'est pas écrite, que l'on peut juger l'institution frauduleuse et l'annuler comme telle. Si donc, dans la première, l'existence de la disposition au profit de l'incapable, peut être prouvée, soit par l'aveu de l'institué, soit par des pièces dénuées de la forme testamentaire, il faut bien que, dans la seconde, l'existence de la substitution puisse être établie par des preuves du même genre.

Qu'importe qu'en thèse générale, une substitution qui est nulle, soit par un défaut de forme, soit par tout autre vice indépendant de la prohibition de substituer, ne puisse pas annuler l'institution qu'elle a pour objet de grever? Cela est bon quand la substitution est l'ouvrage du testateur seul, quand l'institué n'y prend aucune part. Dans ce cas, en effet, il n'y a point de fraude, il n'y a que nullité, comme il n'y a que nullité et point de fraude, lorsque le testateur, après avoir institué Pierre par un testament bien régulier, déclare à l'insu de celui-ci, par une disposition verbale ou consignée dans un acte dénué des formalités testamentaires, que son intention est de ne l'instituer que fiduciairement et comme prête-nom de Paul qui est incapable de recevoir. Mais comme il y a fraude en même temps que nullité, lorsque c'est à la connaissance de Pierre et de concert avec lui que le testateur dispose de vive voix ou par un acte informe, de manière à ne faire de lui que le prête-nom de Paul, il y a aussi nécessairement fraude en même temps que nullité, lorsque c'est à la connaissance de l'institué et de concert avec lui, que le testateur le grève verbalement ou par un acte informe, d'une Substitution fidéicommissaire.

§. XV. *Questions transitoires sur l'art. 2 de la loi du 14 novembre 1792, sur l'art. 896 du Code civil, et sur le décret du 24 janvier 1812, particulier à la Hollande.*

I. Que l'art. 2 de la loi du 14 novembre 1792 ait rétroagi en abolissant les Substitutions fidéicommissaires qui n'étaient pas encore ouvertes au moment de sa publication, quoiqu'elles eussent été fondées, soit par des contrats, soit par des testamens dont les auteurs étaient morts à cette époque, c'est ce que je crois avoir démontré dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Effet rétroactif*, sect. 3, §. 1, nº 4, et dans des conclusions du 13 thermidor an 13, rapportées dans le même recueil, au mot *Choix*, §. 1, nº 10.

Mais toute rétroactive qu'elle était, cette disposition n'en a pas moins été et dû être exécutée, parceque, comme je l'ai établi dans le premier des articles cités du *Répertoire de jurisprudence*, sect. 2, le principe de la non-rétroactivité des lois ne dispense pas les tribunaux de l'obligation d'appliquer au passé les lois qui le comprennent formellement dans leurs dispositions.

Aussi, quoique cette disposition ait froissé beaucoup d'intérêts, quoique, depuis le 18 brumaire an 8, il ait été présenté au gouvernement de nombreuses pétitions pour l'amener à proposer une loi qui la rapportât, n'y a-t-il pas d'exemple que l'on ait osé soutenir devant les tribunaux qu'elle devait être considérée comme non-avenue, par cela seul qu'elle était rétroactive.

Mais on a prétendu dans ces derniers temps, au mépris d'une foule d'arrêts de la cour de cassation et des cours royales qui avaient invariablement présupposé le contraire, que l'abrogation en avait été pronon-

Digitized by Google

cée par l'art. 12 de la loi du 8 vendémiaire an 4. En effet, a-t-on dit, cet article porte qu'*en conséquence de la loi du 9 fructidor dernier et des articles ci-dessus, la loi du 5 brumaire an 2, celle du 17 nivôse suivant, en ce qui n'y est point dérogé* (1), *celle du 7 mars* 1793 *sur les dispositions en ligne directe, et toutes lois antérieures non abrogées*, RELATIVES AUX DIVERS MODES DE TRANSMISSION DES BIENS, *auront leur exécution, chacune, à compter du jour de sa publication.* Or, la loi du 14 novembre 1792 est certainement relative à un mode de transmission des biens, puisque, par son 1er article, elle prohibe les substitutions. Ce n'est donc qu'à compter du jour de sa publication, que doit être exécutée la prohibition qu'elle contient. Cette prohibition ne peut donc pas être appliquée aux substitutions qui l'avaient précédée et n'avaient pas encore produit leur effet, ou, en d'autres termes, n'étaient pas encore ouvertes, lorsqu'elle a été proclamée. Cependant, que faisait l'art. 2 de cette loi, en abolissant les substitutions qui, créées antérieurement par des actes irrévocables de leur nature, ou devenus tels par le décès de leurs auteurs, n'étaient pas encore ouvertes au moment de sa publication? Bien évidemment il les traitait comme prohibées, il leur appliquait une prohibition qui ne pouvait pas les atteindre. Donc il rétroagissait; donc c'est pour en abroger l'effet rétroactif, que la loi du 3 vendémiaire an 4 a voulu que la loi du 14 novembre 1792 ne fût exécutée qu'à compter du jour où elle avait été publiée.

C'était ainsi que raisonnait, en 1825, devant la cour royale de Toulouse, le sieur de Bournazel, demandeur en délaissement de biens auxquels il avait été appelé par une substitution qui datait de plus d'un siècle, et dont la condition ne s'était accomplie à son égard, par le décès du dernier grevé, que le 2 avril 1808.

Mais pour réfuter son système, il suffisait de se bien fixer sur l'article même de la loi du 3 vendémiaire an 4, qui en formait la base.

En effet, l'objet de cet article n'est point de rapporter ce qu'il peut y avoir de rétroactif dans les lois antérieures concernant les divers modes de transmission des biens (cet objet, en tant qu'il entre dans les vues du législateur, est déjà rempli, et par la loi du 9 fructidor an 3, portant que *les lois des 5 brumaire et 17 nivôse an 2 n'auront d'effet qu'à compter de l'époque de leur promulgation*, et par les 11 premiers articles de la loi du 3 vendémiaire elle-même); c'est uniquement de déclarer, comme il le fait en termes exprès, qu'*en conséquence de la loi du 9 fructidor an 3 et des articles ci-dessus*, les lois des 5 brumaire et 17 nivôse an 2 continueront, à l'exception de celles de leurs dispositions qui sont abrogées comme rétroactives, d'avoir *leur effet, à compter du jour de leur promulgation.*

Il ajoute, il est vrai, qu'*il en sera de même de toutes lois non abrogées*, et par conséquent de la loi du 14 novembre 1792; mais remarquons le bien, il ne fait, à cet égard, aucune distinction entre les dispositions de celles-ci qui pourraient être retroactives jusqu'à un certain point, et celles qui ne le sont sous aucun rapport; il les maintient donc toutes purement et simplement. Et ce qui prouve clairement que tel est véritablement l'esprit dans lequel il est rédigé, c'est que, pour empêcher qu'on n'en conclue qu'il est dans son intention de maintenir, en faveur des enfans naturels, la rétroactivité de la loi du 12 brumaire an 2, qui faisait remonter leur droit de succéder jusqu'au 14 juillet 1789, l'art. 13 ajoute aussitôt : « La loi du 12 brumaire an 2, concernant le droit de succéder » des enfans nés hors le mariage, n'aura d'ef» fet qu'à compter du jour de sa publication »; disposition qui serait complètement inutile et ne formerait qu'un ridicule pléonasme, si, dans l'art. 12, les mots *toutes les lois antérieures non abrogées*, ne signifiaient pas que les lois antérieures autres que celles des 5 brumaire et 17 nivôse an 2, doivent, par cela seul qu'elles ne sont pas abrogées, avoir leur effet à compter du jour de leur publication, n'importe qu'elles rétroagissent ou ne rétroagissent pas jusqu'à un certain point.

Enfin, une preuve sans réplique que la loi du 3 vendémiaire an 4 a toujours été considérée, même dès son origine, comme ne portant aucune atteinte à la disposition rétroactive de l'art. 2 de celle du 14 novembre 1792, c'est que le gouvernement a fait publier cette disposition dans la Belgique, en brumaire an 4 (1), et qu'elle y a été constamment exécutée.

Aussi, la prétention du sieur de Bournazel

(1) Ces termes, *en ce qui n'y est point dérogé*, signifient évidemment, quant à la loi du 17 nivôse an 2, en ce qu'elle ne rétroagit pas; car de toutes les dispositions de cette loi, celles qui rétroagissent sont les seules auxquelles il soit dérogé.

(1) *V.* les conclusions du 3 floréal an 12, rapportées aux mots *Pays-Réunis*, §. 1.

Digitized by Google

a-t-elle été rejetée par un arrêt de la cour royale de Toulouse, du 21 avril 1825,

« Attendu que la loi des 25 octobre et 14 novembre 1792 abolit les substitutions non ouvertes lors de sa publication, et déclara que celles qui seraient ouvertes à cette dernière époque, n'auraient d'effet qu'en faveur de ceux qui auraient recueilli les biens ou le droit de les réclamer; que ces termes de la loi signifient bien clairement que le possesseur, ou celui qui avait alors le droit de jouir des biens substitués, en conserva seul et exclusivement la propriété qui devint libre sur sa tête; que les appelés vivans ou à naître furent pour toujours exclus de l'utilité des substitutions et dépouillés de toute espèce de droit, quel qu'il fût, sur des biens qu'ils n'avaient recueillis ni de fait ni de droit;

» Attendu que la loi du 17 nivôse annulle généralement toutes les dispositions à cause de mort, dont l'auteur était encore vivant, ou n'était décédé que le 14 juillet 1789 ou depuis, quand même elles auraient été faites antérieurement; que, par là, les substitutions créées le 14 juillet 1789 et depuis, et même antérieurement à cette époque, lorsque l'auteur n'était décédé que postérieurement, furent annulées sous la dénomination générique de dispositions à cause de mort, tandis que la loi de 1792 les avait respectées, ce qui résulte de la réponse à la 52e question de la loi du 22 ventôse an 2;

» Attendu que la loi du 9 fructidor de l'an 3 rapporta aussi génériquement l'effet rétroactif de la loi du 17 nivôse;

» Attendu que celle du 3 vendémiaire ne fit que régler l'exécution de cette dernière loi; qu'ainsi, les substitutions auxquelles la loi de 1792 s'était appliquée, étant différentes des substitutions frappées par la loi du 17 nivôse, les lois du 9 fructidor an 3 et du 3 vendémiaire an 4 ne se rapportant ou ne s'appliquant qu'à l'effet rétroactif de la loi du 17 nivôse, ne statuèrent et ne durent rien statuer quant à la loi du 14 novembre 1792;

» Attendu, d'ailleurs, que l'art. 12 de la loi du 3 vendémiaire an 4 porte simplement que, en conséquence de la loi du 9 fructidor dernier et des articles ci-dessus, ladite loi du 5 brumaire, celle du 17 nivôse en ce qui n'y est point dérogé, celle du 7 mars 1793 sur les dispositions en ligne directe, et toutes lois antérieures non abrogées relatives aux divers modes de transmission des biens, auront leur exécution à compter du jour de sa publication;

» Que, dès-lors, en supposant que cet art. 12 dût s'étendre à la loi des 25 octobre et 14 novembre 1792, il en résulterait taxativement que cette dernière loi continuant de recevoir son exécution à compter du jour de sa publication, vu qu'elle n'a jamais été abrogée, celui-là seul qui possédait alors les biens ou qui avait droit de les réclamer et de les posséder, en était devenu le propriétaire irrévocable, à l'exclusion de tous autres, puisque, d'après cette loi de 1792, les substitutions non ouvertes demeuraient abolies ».

Et vainement le sieur de Bournazel s'est-il pourvu en cassation. Par arrêt du 21 mars 1826, au rapport de M. Lasagni, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lebeau,

« Attendu, *en droit*, que, si la loi du 3 vendémiaire an 4, par son art. 12, abolit l'effet rétroactif de toutes les lois antérieures, relatives à la transmission des biens, cette même loi n'a considéré, comme renfermant un effet rétroactif, que les dispostions qui enlevaient véritablement aux individus des droits qui leur étaient déjà réellement acquis avant leur publication;

» Attendu que la validité *intrinsèque et efficace* d'une Substitution fidéicommissaire doit être régie par les lois en vigueur à l'époque du testament, du décès du testateur et notamment *de son ouverture*; qu'ainsi, avant cette époque de l'ouverture, aucun droit ne peut être considéré comme déjà *réellement acquis* aux appelés à la même substitution; *substitutio quæ nondùm competit extrà nostra bona est* (loi 42, D. de acquirendo rerum dominio);

» Attendu que la loi du 14 novembre 1792 n'a aboli que les substitutions qui n'étaient pas encore ouvertes lors de sa publication;

» Qu'ainsi, elle n'a enlevé aux appelés à ces substitutions, aucun droit qui leur fût déjà réellement acquis avant cette publication, et par conséquent elle n'a point été, même sous ce rapport, abrogée par la loi du 3 vendémiaire an 4;

» Qu'en effet, depuis le moment de sa publication jusqu'au procès actuel, la loi du 14 novembre 1792 a été constamment *exécutée en ce sens* par les grands corps de l'État dans leurs délibérations, par les tribunaux dans leurs jugemens, et par les particuliers dans leurs transactions;

» Et attendu qu'il est constant et reconnu, *en fait*, qu'à l'époque de la publication de la loi du 14 novembre 1792, aucune des substitutions de sa famille n'était encore ouverte en faveur du demandeur en cassation, quoique déjà vivant; qu'au contraire, elles étaient

Digitized by Google

toutes légitimement possédées par *Jean*, son frère aîné;

» Que, dans ces circonstances, en décidant que les biens composant ces substitutions, étaient demeurés libres, sur la tête de *Jean*, frère aîné, leur possesseur légitime, l'arrêt attaqué a fait une juste application de la loi du 14 novembre 1792, sans se mettre en contradiction avec celle du 3 vendémiaire an 4, ni avec aucune autre loi;

» La cour (chambre des requêtes) rejette le pourvoi (1) ».

Cet arrêt a certainement bien jugé; c'est trop peu dire, il n'aurait pas pu juger autrement sans renverser l'un des points les plus constans et les plus usuels de notre jurisprudence, et sans jeter le trouble dans une infinité de familles. Mais il est bien à regretter qu'au lieu d'adopter, en les mettant dans un nouveau jour, les motifs de la cour royale de Toulouse; qu'au lieu de convenir franchement que l'art. 2 de la loi du 14 novembre 1792 était rétroactif, en ce qu'il abolissait les substitutions non ouvertes, et que la *rétroactivité* en avait été déterminée, ainsi que l'avait reconnu formellement l'art. 52 de la loi du 22 ventôse an 2, *par des considérations politiques;* qu'au lieu d'ajouter que c'était par les mêmes considérations que cette rétroactivité avait triomphé de tous les efforts employés depuis pour la faire rapporter, il ait mis en thèse que cet article n'avait pas rétroagi, parceque les substitutions non encore ouvertes au moment de sa publication, n'avaient conféré aux substitutions *aucun droit qui leur fût déjà réellement acquis.*

Quels sont les droits que l'on doit considérer comme *acquis*, lorsqu'il s'agit de savoir si une loi nouvelle peut les révoquer sans rétroagir? Ce ne sont pas seulement ceux qui sont acquis dans toute leur plénitude; ce sont encore, comme l'ont jugé deux arrêts de la cour de cassation des 7 pluviôse et 13 thermidor an 13, et comme je l'ai démontré dans les conclusions qui ont précédé le second (2), ceux dont on n'a que l'expectative, lorsqu'elle est fondée sur un titre irrévocable, quoique d'ailleurs l'effet en dépende d'une condition qui peut ne pas arriver.

Sans doute, comme le dit la loi 42, D. *de acquirendo rerum dominio*, la substitution qui n'est pas ouverte, n'est pas comprise dans les biens du substitué, en ce sens que le substitué puisse en disposer et la transmettre à ses héritiers, lorsqu'il décède avant le grevé (1). Mais ce qui prouve qu'elle ne laisse pas de former pour lui un véritable droit, un droit proprement dit, c'est que les lois lui attribuent, même avant l'événement de la condition qui la tient en suspens, l'exercice des actions qui ont pour objet de la conserver (2).

II. La nullité dont l'art. 896 du Code civil frappe les dispositions à titre gratuit auxquelles sont apposées des clauses de Substitution fidéicommissaire, est-elle applicable aux actes de libéralité faits sous l'empire des anciennes lois, mais dont l'auteur a survécu à la publication de cet article?

L'affirmative n'est pas douteuse, lorsque l'acte de libéralité est un testament; et elle a été consacrée, pour ce cas, par le célèbre arrêt de la cour de cassation, du 18 janvier 1808, qui est rapporté avec les conclusions qui l'ont précédé, dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Institution d'héritier*, sect. 1re, n° 7, et *Substitution fidéicommissaire*, sect. 1re, §. 14, n° 2.

Mais il en est autrement si la disposition à titre gratuit consiste dans une donation entre-vifs, ou par contrat de mariage. Alors, en effet, la Substitution fidéicommissaire reste sans effet, soit en vertu de l'art. 2 de la loi du 14 novembre 1792, si c'est dans un acte antérieur à cette loi, qu'elle est consignée, soit en vertu de l'art. 1er de la même loi, si elle l'est dans un acte postérieur; mais la donation elle-même conserve toute sa validité, parcequ'elle est irrévocable de sa nature, et que l'art. 896 ne pourrait l'atteindre qu'en rétroagissant. C'est un des points jugés par l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, du 31 août 1813, qui est rapporté ci-dessus, §. 4, n° 4—4°.

III. Une autre question transitoire non moins importante, mais d'un intérêt moins général, naît du décret du 24 janvier 1812, par lequel il est dit que « l'art. 155 du décret » du 4 juillet dernier, sur l'organisation gé- » nérale des départemens anséatiques, por- » tant que les substitutions de la nature de » celles prohibées par le Code civil, seront » abolies, et cesseront d'avoir leur effet à » compter du jour où le Code sera mis en » activité; que néanmoins la substitution » faite antérieurement à la mise en activité

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1826, page 205.

(2) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Choix*, §. 1, n° 10.

(1) *V.* les pandectes de Pothier, liv. 38, tit. 15, n° 22.

(2) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Fidéicommissaire*, sect. 14, n° 2, et les art. 1055 et suivans du Code civil.

Digitized by Google

» du Code civil, tiendra au profit du premier » appelé, né avant cette époque, et que, » hors ce seul cas, le grevé jouira des biens » comme propriétaire incommutable, est déclaré commun aux départemens de la ci-» devant Hollande, y compris l'Ems-Orien-» tal, les Bouches-du-Rhin, les Bouches-de-» l'Escaut, la Lippe, et l'arrondissement de » Bréda ».

Résulte-t-il de ce décret que toute substitution faite dans les provinces septentrionales du royaume des Pays-Bas (autres que celles dont se composait ci-devant le département de la Meuse inférieure), avant que notre Code civil y fût mis en activité, doit encore produire une fois son effet, dans tous les cas, et en faveur de toute personne comprise dans le degré auquel les biens substitués devaient passer après la mort du grevé qui existait à cette époque?

En résulte-t-il notamment que, lorsque, dans un degré de substitution faite antérieurement à la mise en activité du Code civil, se trouvent appelés, d'abord le fils aîné du grevé, ensuite, et à son défaut, une autre personne qui lui est, pour cet effet, substituée vulgairement, et qu'à l'époque fixée pour l'abolition des Substitutions fidéicommissaires, le grevé n'a pas encore d'enfant, on doit dire qu'il y a un *premier appelé né à cette époque*, et considérer comme tel celui qui est substitué vulgairement à l'enfant non encore né?

Voici une espèce dans laquelle je me suis occupé de cette question :

Le 20 mars 1778, le baron de Dongelberge, domicilié à Bruxelles, et propriétaire de divers immeubles situés en Hollande, fait un testament ainsi conçu :

« Je déclare instituer pour mon héritier unique et universel, dans tous les biens que je délaisserai, tant fiefs qu'allodiaux, nuls, quels qu'ils soient, exceptés, le sieur André Delmarmol, troisième fils du sieur Théodore-Jean-Laurent Delmarmol, conseiller au conseil souverain de Brabant à Bruxelles, de manière cependant que tous les prédits biens, après la mort du prénommé André Delmarmol, soit que celui-ci vienne à décéder avant ou après moi testateur, devront passer et succéder au fils aîné du prénommé André Delmarmol, et à défaut d'un fils ou de fils, à sa fille aînée.

» Et s'il arrivait que le prénommé André Delmarmol viendrait à décéder sans enfans, soit avant, soit après moi testateur, je déclare, en ce cas, délaisser tous mes prédits biens au plus jeune des fils du prédit conseiller Delmarmol, toutefois avec cette volonté qu'après le décès du plus jeune des fils du susdit conseiller, tous mes prédits biens soient recueillis et profités par son fils aîné, et à défaut de fils, par sa fille aînée, et dans le cas où il viendrait aussi à décéder sans enfans, je déclare, pour lors, appeler, par forme de substitution, pour mes seuls héritiers dans toute mon hérédité, les deux filles du prénommé conseiller Delmarmol ».

Le testateur décède en 1780, et André Delmarmol recueille tous ses biens.

Celui-ci meurt lui-même sans enfans quelques mois après; et conformément à la disposition fidéicommissaire du testament du 20 mars 1778, tous les biens du baron de Dongelberge passent à Théodore Delmarmol, troisième fils du conseiller Théodore-Jean-Laurent.

Le 8 juin 1811, après la publication du Code civil en Hollande, acte notarié par lequel Théodore Delmarmol n'ayant point d'enfant ni espérance d'en avoir, vend aux sieurs Passy et consorts, une partie des biens de Hollande qu'il avait recueillis à la mort de son frère André, en vertu du testament du baron de Dongelberge.

En 1818, les sieurs Passy et consorts, voulant sortir d'indivision à l'égard de cette partie de biens, en provoquent la vente par licitation devant le tribunal de première instance de Bruxelles.

Le 13 août de la même année, jugement qui commet un notaire à cet effet.

Le 2 novembre suivant, opposition à la vente de la part de M. Cuylen, conseiller à la cour supérieure de justice de Bruxelles, et de la dame son épouse, l'une des filles du conseiller Delmarmol appelées par le testament du 20 mars 1778, à recueillir les biens dont il s'agit, en cas de décès de Théodore-Delmarmol sans enfant.

Assignés par les sieurs Passy et consorts en main levée de cette opposition, ils invoquent, pour la justifier, la disposition du décret du 24 janvier 1812 qui excepte de l'abolition des Substitutions fidéicommissaires en Hollande, le cas où, à l'époque de la mise en activité du Code civil dans ce pays, il existerait *un premier appelé, né avant cette époque.*

Les sieurs Passy et consorts répondent que cette exception n'est pas applicable à la dame Cuylen.

Le 21 mai 1819, jugement qui accueille l'opposition de M. et Mme Cuylen,

« Attendu que la lecture du décret du 24 janvier 1812 suffit pour se convaincre que,

Digitized by Google

si le législateur, cédant à des principes politiques reçus par les Français, a voulu mettre les institutions hollandaises en harmonie avec celles qu'ils avaient adoptées, on ne peut douter, d'un autre côté, qu'il n'ait eu l'intention d'en tempérer la rigueur, et de les concilier, autant que possible, avec les lois de l'équité et les vœux notoires du peuple que les circonstances lui avaient assujéti;

» Qu'en partant de ce principe, il pouvait, comme il l'a fait, ne pas décharger le grevé, vu que, sous ce rapport, son sort n'était pas changé, la loi le laissant dans l'état où elle le trouvait;

» Qu'en ce qui concerne les substitués, il est certain qu'il n'était dû aucun égard à ceux qui n'existaient pas encore; mais qu'il n'en était pas de même de ceux qui existaient; que ceux-ci avaient pu concevoir des espérances fondées, et y co-ordonner les habitudes de leur existence sociale, le mode de leur établissement, ainsi que le genre de l'éducation de leur famille; qu'à leur égard, donc, l'équité réclamait fortement un tempérament à cette loi abolitive des substitutions; tempérament qu'en 1792, l'exaltation de l'esprit révolutionnaire avait repoussé en France, contre le cri du bon sens et de la raison;

» Que c'est par suite de ces principes que le décret du 24 janvier 1812 a été que les substitutions alors existantes tiendraient au profit du *premier appelé, né avant cette époque;*

» Que la question que le procès actuel présente à décider, consiste donc à savoir si, dans le cas où diverses personnes sont substituées fidéicommissairement à un grevé, avec substitution vulgaire entre elles, celle qui se trouve indiquée la seconde sur la même ligne, a conservé son expectative et son droit au fidéicommis, dans le cas de la non-existence, au moment de la publication du décret, de celle qui était appelée avant elle sur la même ligne;

» Attendu que cette question paraît résolue par les considérations seules qui ont motivé la restriction consignée dans ce décret du 24 janvier 1812, vu que l'on ne peut se refuser à croire que le législateur, en ne dégrevant pas le possesseur, a voulu que la substitution opérât encore après lui, mais de manière cependant qu'il n'y eût plus qu'une chute, et qu'elle n'eût lieu qu'au profit de ceux qui déjà existaient au moment de la publication du même décret, l'équité le demandant ainsi, d'une part, pour ceux-ci, et aucune faveur n'étant due, d'autre part, à ceux qui n'existeraient pas encore;

» Que les mots *au profit du premier appelé*, par lesquels le législateur a exprimé sa pensée, ne doivent donc pas, dans le cas où, comme ici, il se trouve plusieurs appelés sur la même ligne et vulgairement substitués entre eux, se prendre, non dans un sens absolu, mais bien dans un sens relatif, c'est-à-dire, au profit du premier d'entre ces divers appelés qui se trouverait exister; de celui enfin d'entre eux, qui, dans ce moment, avait l'espérance la mieux fondée d'atteindre les biens auxquels il était appelé;

» Que l'on ne peut l'interpréter autrement, sans soutenir, ce qui serait déraisonnable, que cette espérance n'a pas été le motif impulsif du législateur; car, il est certain que, dans le cas où le premier appelé était décédé avant le décret, celui qui se trouvait lui être substitué vulgairement, jouissait alors d'une expectative aussi bien établie que ce premier appelé prédécédé, et avait précisément le même droit d'être compris dans cette mesure d'équité que le législateur avait adoptée; qu'il pouvait se dire, et que, dans la réalité, on devait l'envisager comme le premier, qui n'est primé par personne ».

Les sieurs Passy et consorts ont soumis ce jugement à mon examen; et je leur ai répondu, par une consultation du 8 septembre de la même année, qu'ils ne devaient pas balancer à en interjeter appel.

« Toute la question dépend (ai-je dit) de l'interprétation du décret qui a été rendu spécialement pour les provinces septentrionales du royaume des Pays-Bas, le 24 janvier 1812: il faut donc commencer par nous bien pénétrer de l'esprit dans lequel ce décret a été rédigé.

» Son objet a été de suppléer pour ces provinces, à l'art. 896 du Code civil, qui, en prohibant les Substitutions fidéicommissaires, ne s'expliquait pas sur l'effet de celles qui avaient été fondées antérieurement.

» Le silence du Code civil sur ce point ne formait pas, à l'époque de la promulgation de ce Code, une lacune pour les pays dont se composait alors le territoire français, parceque, dans tous ces pays, avait été publiée la loi du 14 novembre 1792 qui ne se bornait pas, comme l'art. 896, à interdire les Substitutions fidéicommissaires pour l'avenir, mais abolissait toutes celles qui, fondées antérieurement, n'étaient pas encore ouvertes au moment de sa publication.

» Il en était tout autrement à l'égard des provinces vulgairement comprises sous la dénomination générique de *Hollande*. Le

Digitized by Google

Code civil y avait bien été publié et mis en activité dès l'année 1811, et il résultait bien de là que les substitutions y étaient prohibées à dater de cette époque; mais rien n'y était réglé pour les substitutions précédemment créées.

» Si le législateur eût laissé les choses dans cet état, les substitutions précédemment créées auraient continué d'avoir leur entier effet, et elles auraient tenu les propriétés foncières dans une paralysie d'autant plus longue et plus déplorable, que, d'après la législation de presque toutes les provinces dont il s'agit, elles n'étaient limitées à aucun degré et que les donateurs ou testateurs pouvaient les étendre à l'infini (1).

» Une pareille détermination eût entraîné trop et de trop graves inconvéniens, pour que le législateur l'adoptât. Il était donc à-la-fois naturel et politique qu'il usât, à l'égard des substitutions précédemment créées, du pouvoir qui lui appartenait de les dissoudre.

» Nous disons qu'il en avait le pouvoir, car ce que le souverain était maître de faire, sous l'ancien régime hollandais, par des dispositions spécialement adaptées à telles ou telles substitutions, il pouvait certainement le faire, sous le nouveau, par une disposition générale qui portât sur toutes les substitutions en masse; or, Voët, parlant de l'ancienne jurisprudence de Hollande atteste positivement que *auctoritate publicâ fideicommissi efficacia tollitur, quoties princeps, justâ causâ motus, ex plenitudine potestatis suæ, remittit fideicommissi vinculum..... Placito ordinum Hollandiæ* 23 *julii* 1670, ajoute-t-il, *constitutum fuit solis Hollandiæ ordinibus juris hujus in suo territorio exercendi potestatem esse* (2).

» Mais jusqu'à quel point convenait-il que le législateur étendît l'exercice de ce pouvoir? Devait-il, comme la convention nationale l'avait fait en France, par la loi du 14 novembre 1792, déclarer abolies toutes les substitutions non ouvertes à l'époque de la promulgation du Code civil en Hollande; ou était-il plus à propos qu'il les laissât encore opérer pendant plus ou moins de temps, et au profit de plus ou moins de personnes?

» Encore une fois, il était le maître de prendre le premier de ces deux partis, parceque les appelés aux substitutions non encore ouvertes, n'avaient encore que des expectatives, qui, quoique fondées sur des titres irrévocables, formaient bien pour eux des *droits acquis*, en ce sens que les tribunaux ne pouvaient pas les faire cesser par des jugemens, mais non pas en ce sens qu'il ne fût pas en son pouvoir de les en frustrer par une disposition générale, puisqu'il eût pu, même en ne faisant que se conformer à la législation hollandaise, les en frustrer par des dispositions spéciales.

» Mais entraîné par un sentiment d'équité, il a pensé, comme le remarque très-bien le tribunal de première instance de Bruxelles, dans son jugement du 21 mai, qu'il devait quelques ménagemens à ceux des appelés qui avaient été le plus apparemment fondés à compter sur leurs expectatives, et qui avaient justement pu *y co-ordonner les habitudes de leur existence sociale, le mode de leur établissement et le genre d'éducation de leur famille.*

» En conséquence, il a ordonné, pour la Hollande, par le décret du 24 janvier 1812, comme il l'avait déjà fait pour les départemens anséatiques et pour les provinces illyriennes, par ceux des 4 juillet et 30 septembre 1811, que *les substitutions de la nature de celles qui sont prohibées par le Code civil,* seraient *abolies* et *cesseraient d'avoir leur effet,* à compter du jour où ce Code avait été mis en activité; mais que *néanmoins les substitutions faites antérieurement, tiendraient au profit* DU PREMIER APPELÉ, NÉ AVANT CETTE ÉPOQUE. *Hors* CE SEUL CAS, a-t-il ajouté, *le grevé jouira des biens comme propriétaire incommutable.*

» Qu'a-t-il entendu par ces mots, *premier appelé, né avant cette époque?* C'est là toute la question du procès actuel.

» Et elle revient, en d'autres termes, à celle-ci:

» Lorsque, dans un degré de substitution faite antérieurement à la mise en activité du Code civil, se trouvent appelés d'abord le fils aîné du grevé, ensuite et à son défaut, une autre personne qui lui est, pour cet effet, substituée vulgairement, et qu'à l'époque fixée pour l'abolition des Substitutions fidéicommissaires, le grevé n'a pas encore d'enfant, peut-on dire qu'il y ait un *premier appelé, né à cette époque,* et peut-on considérer comme tel, celui qui est substitué vulgairement à l'enfant non encore né?

» Le tribunal de Bruxelles s'est décidé pour l'affirmative, et, en conséquence, il a appliqué au substitué vulgairement, l'exception que le décret contient en faveur du premier appelé,

(1) Voët, sur les pandectes, titre *ad senatus consultum trebellianum,* n° 33.

(2) *Ibidem,* n° 70.

Digitized by Google

à l'abolition générale des substitutions fidéicommissaires.

» A-t-il bien jugé, on son jugement doit-il être réformé?

» Il se présente, à cet égard, une observation préliminaire qui est d'une haute importance : c'est qu'il n'y a ni obscurité, ni équivoque dans la disposition générale de ce décret; c'est que, d'après la disposition générale de ce décret, toutes les substitutions faites antérieurement à la mise en activité du Code civil, sont *abolies et cessent d'avoir leur effet;* c'est que, par cela seul que cette disposition est claire, positive et générale, elle doit nécessairement atteindre toutes les substitutions qui ne sont pas, aussi positivement et avec autant de clarté, comprises dans l'exception qui la limite; c'est, en un mot, que, du moment qu'il y a doute sur l'applicabilité de l'exception, la règle générale conserve toute son intensité, comme toute sa latitude, et qu'il n'appartient à aucune autorité inférieure au pouvoir législatif, d'en décider autrement.

» A cette première considération s'en joint une autre qui nous impose plus impérieusement encore le devoir de ne pas donner à l'exception qui restreint ici la règle générale, un sens tant soit peu plus large que ne le comportent strictement les termes dont le législateur s'est servi pour l'exprimer : c'est que le législateur annonce manifestement dans le Code civil auquel il se réfère par son décret de 1812, qu'il regarde les substitutions comme odieuses; c'est qu'il s'y montre pénétré pour elles (à raison du préjudice incalculable qu'elles font à la société, en paralysant toute amélioration et toute circulation des biens fonds qu'elles enchaînent), d'une aversion plus profonde encore qu'elles n'en avaient inspiré à la convention nationale; car il ne s'y borne pas à les prohiber : pour d'autant mieux assurer l'effet de sa prohibition, et pour empêcher que des testateurs ou des donateurs ne l'éludent en comptant sur la bonne foi de leurs héritiers institués ou donataires, il veut encore que, si une disposition à titre gratuit vient à renfermer une substitution, la substitution la vicie et l'annulle pour le tout. On sait, en effet, que tel est le sens de l'art. 896, et que c'est ainsi que l'ont jugé trois arrêts de la cour de cassation, des 18 janvier 1808, 7 novembre 1810 et 31 octobre 1811, dont le premier a été rendu *consultis classibus.*

» Voilà donc deux motifs bien puissans, pour restreindre, dans l'exception qui nous occupe ici, les mots *premier appelé, né avant cette époque*, à leur sens littéral et rigoureux : ils doivent y être restreints, parcequ'ils se trouvent dans une exception qui, par sa nature, doit toujours être interprétée strictement; et ils doivent encore l'être de plus fort, parceque l'exception dans laquelle ils se trouvent, se rapporte à des dispositions que le législateur ne voit que de mauvais œil et ne maintient qu'à regret.

» Cela posé, quelle est la condition d'un possesseur de biens échus à son profit, soit par l'effet d'une institution, soit par celui d'une substitution, ouverte avant la mise en activité du Code civil, qui se trouve, à cette époque, grevé en première ligne au profit de l'aîné d'enfans qu'il peut avoir, mais qu'il n'a pas encore, et subsidiairement au profit d'une autre personne qui, pour cet effet, est substituée vulgairement à ses enfans? Existe-t-il, à son égard, un *premier appelé, né avant cette époque?* Et en conséquence, continue-t-il d'être grevé? Ou bien est-il, à l'instant même, dégagé de tout lien fidéicommissaire, et sa qualité de propriétaire, de bridée et commutable qu'elle était précédemment, devient-elle libre et incommutable?

» La question est, à l'avance, résolue par ce que nous venons de dire : le *premier appelé*, c'est l'aîné des enfans du grevé; mais il n'est pas encore né : le grevé se trouve donc *hors* du *seul cas* où la règle générale qui doit faire cesser l'effet de la substitution, pourrait fléchir devant l'exception : la substitution est donc abolie.

» Mais, dit-on, à défaut de fils aîné du grevé, c'est le substitué vulgairement qui est le premier appelé, et le substitué vulgairement étant né avant la mise en activité du Code civil, la substitution doit tenir à son profit.

» *C'est* le *substitué vulgairement qui est* le *premier appelé!* Dans quel dictionnaire a-t-on puisé cette étrange acception?

» Elle serait exacte sans doute, par le fait, si la disposition était ouverte, et qu'à défaut du premier appelé, le substitué vulgairement eût pris sa place. Mais tant que la disposition reste en suspens, tant que le grevé n'est pas mort, qu'est-ce que le substitué vulgairement? Rien autre chose qu'un *second appelé.* En effet, il n'est appelé que subsidiairement à celui auquel il est vulgairement substitué; et la loi 43, §. 2, D. *de vulgari et pupillari substitutione*, nous dit, en toutes lettres, que la substitution vulgaire n'est que *secundi heredis institutio :* par quel renversement d'idées vient-on donc ici prétendre que *second* est synonyme de *premier?*

» Oh! Mais, dit-on, il ne faut pas ici s'at-

Digitized by Google

tacher au *sens absolu*, il faut s'arrêter au *sens relatif;* et il est certain que, relativement au premier appelé qui n'existe pas encore, le substitué vulgairement est lui-même le premier appelé effectif.

» Raisonner ainsi, c'est s'écarter de l'acception littérale, que disons-nous? C'est forcer l'acception naturelle et ordinaire des mots *premier appelé :* on, le peut-on dans une matière où les considérations les plus fortes se réunissent, comme on vient de le voir, pour commander l'interprétation la plus stricte et la plus rigoureuse?

» Oui, on le peut et on le doit, dit-on encore, parcequ'à défaut d'existence d'enfans du grevé, le substitué vulgairement se trouve, au moment de la mise en activité du Code civil, investi de toutes les espérances qu'aurait l'aîné des enfans, s'il existait; et que, dès-lors, il faut bien convenir que le motif de l'exception s'applique au substitué vulgairement avec la même justesse que s'il eût été appelé en première ligne.

» Mais c'est précisément ici que se montre, dans toute sa nudité, l'erreur qui a égaré le tribunal de Bruxelles.

» Si le premier appelé existait, et que la substitution ne fût pas abolie par la loi, il aurait, pour nous servir des termes du jugement du 21 mai, *l'espérance la mieux fondée* de recueillir, après la mort du grevé, les biens que celui-ci a reçus à la charge de les lui conserver et de les lui rendre. Aucune chance autre que son prédécès ne pourrait le frustrer de cette espérance. Le premier appelé qui existe, peut donc compter avec certitude que, s'il survit au grevé, il lui succédera dans les biens fidéicommissés; et c'est parcequ'il a le droit d'y compter, c'est parcequ'il a pu, en y comptant, régler sur cette expectative certaine, ses habitudes sociales, son établissement, l'éducation de sa famille, que le législateur, prêt à prononcer l'abolition absolue et illimitée de toutes les substitutions, s'arrête, le prend en compensation, et lui conserve son droit éventuel.

» Mais quelle différence entre la position où se trouverait le premier appelé, s'il était né à l'époque de l'abolition générale des substitutions, et celle où se trouve, à la même époque, le substitué vulgairement!

» Le substitué vulgairement a-t-il, précisément à cause de la non existence de l'aîné des enfans du grevé, *la même espérance, une espérance aussi bien fondée*, que celle dont pourrait se flatter l'aîné des enfans, s'il existait? Non, certes. Par cela seul qu'il n'est que substitué vulgairement, il n'a pas seulement à courir la chance de son propre prédécès au grevé : il a, de plus, à courir celle de la naissance d'un enfant à qui le grevé peut donner le jour. La possibilité de la naissance de cet enfant le place donc, relativement à celui-ci, dans la même position où la possibilité de son propre prédécès au grevé placerait, à cet égard, celui qui lui serait à lui-même substitué vulgairement. Il n'a donc pas le même droit apparent, que s'il était appelé en première ligne : il ne peut donc pas plus être qualifié de *premier appelé* dans un *sens relatif*, qu'il ne peut l'être dans un *sens absolu*. Le législateur ne lui doit donc pas les mêmes ménagemens qu'au *premier appelé* proprement dit : ce n'est donc qu'au *premier appelé* proprement dit que peut et doit s'appliquer l'exception qui limite la disposition générale du décret de 1812.

» Eh! Comment pourrait-on lui donner une application plus étendue?

» Le législateur n'a fait céder sa juste et politique répugnance pour le maintien des substitutions antérieures, qu'à la crainte de tromper, par l'usage du pouvoir qu'il avait de les abolir toutes indistinctement, les calculs et les combinaisons de ceux qui, s'y trouvant appelés, avaient la certitude de les recueillir un jour et ne pouvaient en être frustrés que dans le cas de leur prédécès aux grevés, c'est-à-dire, dans un cas où ils n'auraient plus besoin de rien.

» Mais quant à ceux qui, pour arriver aux substitutions antérieures, avaient à vaincre d'autres obstacles présens ou possibles, il n'a pas dû s'occuper d'eux; et la preuve qu'en effet il ne s'en est pas occupé, c'est qu'il n'a parlé que du *premier appelé;* c'est surtout qu'à ces mots *premier appelé*, il a lié immédiatement ceux-ci, *né avant cette époque;* c'est qu'en s'exprimant ainsi, il a supposé manifestement qu'il pouvait y avoir un *premier appelé* qui ne fût pas encore *né* lors de la mise en activité du Code civil; c'est qu'en supposant la possibilité de ce cas, il s'est bien gardé de dire que, dans ce cas, le second appelé serait réputé le premier; c'est que, par là, il a clairement fait entendre qu'il prenait les mots *premier appelé*, dans le sens propre et absolu.

» Il ne faut même pas tant de raisonnemens, pour sentir l'indispensable nécessité de s'en tenir à cette interprétation : il suffit, pour cela, de se reporter à la règle générale qui veut que l'on ne s'écarte du sens propre et littéral des expressions, que lorsqu'on y est forcé par la volonté manifeste de celui qui les a employées : *non aliter à significatione*

Digitized by Google

verborum recedi oportet, quàm cùm manifestum est aliud sensisse testatorem, dit la loi 69, D. *de legatis* 3°.

» Et que l'on ne vienne pas alléguer que cette règle n'est faite que pour les testamens. Ce que la loi citée prescrit pour les testamens, la loi 1re, §. 20, D. *de exercitoriâ actione*, le prescrit également pour les actes législatifs : dans le doute, dit Ulpien, auteur de celle-ci, il faut s'attacher servilement à leurs termes : *melius est, in re dubiâ, verbis edicti servire.*

» Aussi Voët (titre de *legibus*, n° 20) enseigne-t-il, en s'appuyant sur ces deux lois, que *nec aliter à propriâ verborum significatione recedendum, quam cùm manifestum est aliud sensisse legislatorem, magisque in dubio verbis edicti serviendum, ut Ulpianus ait.*

» Et assurément s'il est une matière où, ne pas appliquer cette règle, serait, de la part des magistrats, un acte tout-à-fait arbitraire, c'est bien celle-ci où les termes, dont on voudrait amplifier le sens, servent à exprimer une exception qui, de droit commun, et quel que soit son objet, doit toujours être restreinte plutôt qu'étendue, une exception qui, par l'objet spécial qu'elle a ici, se trouve en opposition avec les grandes et sages vues du législateur, une exception enfin que le législateur s'est laissé, pour ainsi dire, arracher par des considérations équitables sans doute, mais qui croisaient et dérangaient son système général d'économie politique.

» Ajoutons qu'en interprétant, comme l'a fait le jugement du 21 mai, les mots *premier appelé, né avant cette époque*, on se trouve du moins forcé de reconnaître que, si, demain, il naissait un enfant au grevé, la substitution se trouverait abolie *ipso facto*, non seulement au préjudice de cet enfant, puisqu'il n'existait pas à l'époque de la mise en activité du Code civil, mais même au préjudice du substitué vulgairement, puisqu'il ne pourrait pas avoir plus de droit que celui après lequel seulement il a été appelé par le testateur, et que le grevé pourrait lui dire : *si vinco vincentem te, à fortiori vinco te.*

» Or, conçoit-on que le législateur ait voulu, de gaîté de cœur, laisser dans une pareille incertitude les propriétés existantes dans les mains du grevé ? Conçoit-on qu'il ait pu dire sérieusement au grevé : *La substitution qui a, jusqu'à présent, affecté les biens que vous possédez aujourd'hui, tiendra au profit du substitué vulgairement à l'enfant que vous pouvez avoir ; et elle cessera, si cet enfant vient à naître : à la vérité, il n'en profitera pas personnellement ; mais il en ôtera le bénéfice à son remplaçant ?*

» Non, il n'est pas possible qu'une idée aussi bizarre ait pu entrer dans l'économie du décret de 1812 ; et adopter une interprétation de laquelle néanmoins elle découle nécessairement, c'est évidemment prêter au législateur une absurdité choquante, c'est évidemment insulter à sa sagesse ».

Les sieurs Passy et consorts, comptant sur ces raisons, ont en effet appelé du jugement du tribunal de première instance de Bruxelles, du 21 mai 1819 ; et leur attente n'a pas été trompée. Par arrêt du 24 mai 1821, la première chambre de la cour supérieure de justice de la même ville a réformé ce jugement, et a débouté M. et Mme Cuylen de leur opposition,

« Attendu que le Code civil, publié en Hollande en 1811, ayant défendu pour l'avenir toutes les dispositions fidéicommissaires, le décret du 24 janvier 1812 a statué relativement aux substitutions qui y avaient été faites avant la mise en activité du Code;

» Qu'il suit du texte de ce décret, que ce n'est que par exception que le législateur a maintenu l'effet des anciens fidéicommis, en faveur seulement du *premier appelé*, pourvu qu'il fût né lors de la publication du Code ;

» Que, dans l'espèce, Théodore Delmarmol était chargé, par le testament du baron de Dongelberge, de conserver les biens pour les transmettre à ses fils, d'après l'ordre de primogéniture, s'il n'avait point de fils, à ses ses filles, et s'il n'avait pas d'enfans, à ses deux sœurs (ici l'intimée en cause et Victoire Delmarmol);

» Que, lors de la publication du Code en Hollande, Théodore Delmarmol n'avait point d'enfans ;

» Que, si l'on s'attache au sens des expressions dont le testateur s'est servi, on doit convenir que les enfans de Théodore Delmarmol sont appelés les premiers ; que l'intimée et sa sœur ne sont appelées que subsidiairement et pour le cas où Théodore décéderait sans enfans ;

» Que c'est dans ce sens naturel qu'il faut appliquer le décret, puisqu'il n'est permis de s'écarter du sens naturel des expressions d'une loi, que lorsqu'elles contrarient son exprit; ce qui ne se rencontre pas ici, le but du législateur étant de rendre la législation uniforme, en maintenant seulement les substitutions existantes au profit du premier appelé, né lors de la publication du Code civil en Hollande ;

Digitized by Google

» Que ce n'est qu'en s'écartant du sens des expressions et de l'application naturelle du décret, que le juge *à quo* a dit que les mots *premier appelé* ne devaient pas s'entendre *absolument*, mais *relativement*, et s'appliquer à celui d'entre les appelés qui, au moment de la publication du Code, avait l'espérance la mieux fondée; que, dans ce sens, la dame Cuylen et sa sœur étaient les premières, vu que celui-là est vraiment le premier qui n'est primé par personne;

» Que cette interprétation du premier juge dénature le décret; que le législateur, en traçant une règle claire et d'une application facile, n'a point parlé de celui qui avait l'espérance la mieux fondée; qu'il n'a pas considéré les circonstances particulières, et qu'il ne s'agit que de voir si celui qui était appelé le premier après le possesseur des biens, était né lors de la publication du Code; *hors ce seul cas*, porte le décret, *le grevé jouira des biens comme propriétaire incommutable ;*

» Que, si l'intimée et sa sœur pouvaient avoir, avant 1811, l'espérance d'atteindre les biens fidéicommissés, parceque Théodore Delmarmol n'était pas marié, certainement elles n'étaient pas appelées les premières pour posséder après lui;

» Que la maxime invoquée par l'intimée, *substitutus substituto est etiam substitutus instituto*, et d'où elle conclud que les enfans de Théodore et ses deux sœurs, n'occupant qu'un même degré dans la substitution, doivent être considérés tous comme premiers appelés, ne peut recevoir son application au seul cas prévu par le décret précité, la disposition du testament du baron de Dongelberge, par laquelle il charge Théodore Delmarmol de conserver les biens pour les transmettre à l'aîné de ses fils, à défaut de fils à ses filles, et s'il n'avait point d'enfans, à ses deux sœurs, centenant deux substitutions différentes, une Substitution fidéicommissaire entre Théodore Delmarmol et toutes les personnes désignées, qui, vis-à-vis de lui, se trouvent toutes au premier degré, et entre ces personnes une substitution vulgaire, dans laquelle il y a un ordre d'après lequel elles sont appelées; et dans cet ordre, l'intimée et sa sœur, loin d'être appelées les premières, se trouvent appelées les dernières ».

La dame Cuylen s'est pourvue en cassation contre cet arrêt devant les seconde et troisième chambres de la même cour, suivant la forme provisoirement établie dans le royaume des Pays-Bas; et elle l'a attaqué comme violant le décret du 24 janvier 1812, ainsi que les art. 896 et 898 du Code civil.

De leur côté, les sieurs Passy et consorts lui ont opposé une mauvaise fin de non-recevoir : ils ont prétendu que l'arrêt attaqué ne jugeait qu'une question de fait, qu'il ne la jugeait que par l'interprétation du testament du baron de Dongelberge, et qu'ainsi il ne pouvait avoir contrevenu à aucune loi.

Par arrêt du 9 avril 1825, le recours en cassation de la dame Cuylen a été reçu dans la forme, mais rejeté au fond,

« Attendu (a dit la cour) que c'est en interprétant l'art. 155 du décret du 4 juillet 1811, rendu commun à la Hollande par celui du 24 janvier 1812, que la cour, par son arrêt attaqué, a décidé le point de contestation élevé entre les parties; qu'ainsi, en décidant que le premier appelé était le fils aîné de Théodore-Jean-Laurent Delmarmol, la cour a plutôt décidé en droit qu'en fait; d'où il résulte que la fin de non-recevoir proposée contre le pourvoi, n'est point fondée;

» Attendu que la disposition de l'art. 155 prémentionnée porte en termes exprès : *les substitutions de la nature de celles qui sont prohibées par le Code civil, seront abolies et cesseront d'avoir leur effet, à compter du jour où ce Code sera mis en activité ;*

» Qu'à cette règle si générale, le décret n'a fait qu'une seule exception, conçue dans les termes suivans : *néanmoins la substitution faite antérieurement à la mise en activité de ce Code, tiendra au profit du premier appelé, né avant cette époque*, en y ajoutant que, *hors ce seul cas, le grevé jouira des biens comme propriété incommutable;*

» Attendu qu'à l'époque prémentionnée, Théodore-Jean-Laurent Delmarmol était le possesseur grevé du fidéicommis dont il s'agit et que le testateur lui avait substitué, immédiatement et en premier lieu, son fils aîné;

» Attendu que, soit que l'on considère la lettre du décret en question, soit que l'on cherche à se pénétrer de l'esprit dans lequel il a été dicté, on ne peut se refuser à la conviction que le législateur n'a eu nullement en vue que les fidéicommis auraient encore une chute dans tous les cas quelconques, mais que, mû par une considération d'équité, il a voulu établir une exception pour le seul cas où celui qui aurait été appelé le premier en rang par le testateur, existerait à l'époque de la mise en activité du Code;

» Qu'il résulte de ces considérations, que la dame Cuylen ne saurait être envisagée comme première appelée, dans le sens du décret prérappelé, et par conséquent qu'elle ne réunit pas les conditions requises pour

Digitized by Google

être comprise dans l'exception que le décret a faite à sa disposition générale, abolitive des Substitutions fidéicommissaires; et par une conséquence ultérieure, que l'arrêt attaqué n'a point violé l'art. 155 du décret du 4 juillet 1811, ni le décret du 24 janvier 1812, ni l'art. 896 ou 898 du Code civil;

» Par ces motifs, la cour, ouï M. le conseiller Gobart en son rapport, et entendu M. l'avocat-général Baumhauer en ses conclusions conformes, reçoit le pourvoi, et y faisant droit, le rejette ».

SUCCESSIBLE. §. I. *Avant le Code civil, devait-on considérer comme déguisé ou frauduleux, l'avantage fait à l'ascendant du successible, à son époux, à son communier?*

V. l'article *Avantages entre héritiers présomptifs*, §. 2.

§. II. 1° *Est-ce avantager indirectement un Successible, que de le cautionner envers un tiers?*

2° *Le cautionnement, en pareil cas, est-il obligatoire pour les co-héritiers du Successible cautionné? Quelle était, à cet égard, la jurisprudence de la ci-devant Normandie et du ci-devant Maine, pour le cautionnement de la dot, du douaire et des autres conventions matrimoniales?*

V. le plaidoyer et l'arrêt du 17 fructidor an 12, rapportés à l'article *Transfert*, §. 1.

§. III. *Les ventes faites à des Successibles, avec réserve d'usufruit, sous l'empire de la loi du 17 nivôse an 2, étaient-elles valables, ou devaient-elles être annulées comme ventes à fonds perdus déguisées?*

V. l'article *Vente à fonds perdus*.

SUCCESSION. §. I. *Avant le Code civil, la seule abstention suffisait-elle, de la part de l'héritier présomptif, pour qu'il fût censé n'avoir pas accepté la Succession?*

J'ai traité cette question à l'article *Héritier*, §. 1, et je n'y ajouterai qu'une note écrite en 1784, par M. Mourot, jurisconsulte distingué de Pau, concernant la jurisprudence du ci-devant parlement de Navarre sur cette matière:

« Les *rustiques* jouissent en Béarn et en Soule, du privilége de pouvoir répudier, quoiqu'ils n'aient point fait inventaire, si d'ailleurs ils ne se sont pas immiscés. Ils ne sont assujétis qu'à rapporter de simples états des biens qu'ils ont trouvés dans l'hérédité; les créanciers peuvent débattre ces états, s'il y a de l'infidélité et de l'inexactitude.

» Il en est autrement en Navarre: l'art. 37 de la rubrique 27 du titre *des testamens et Successions*, prescrit la nécessité de l'inventaire, sans distinction des personnes ni de leur état.

» Un réglement des états de Navarre, de l'année 1717, homologué par un arrêt du parlement, du 21 février 1721, porte *que les héritiers légitimes ou testamentaires seront obligés à délibérer dans les quatre mois du jour, et à faire inventaire dans le même délai. S'ils ne le font, ils seront censés héritiers purs et simples, et privés du bénéfice d'inventaire.*

» Il est évident que cette disposition se référait aux règles du droit commun; cependant on s'est accoutumé pendant longtemps à en tirer une conséquence injuste autant qu'absurde, en exigeant l'inventaire de la part des héritiers légitimes, quoiqu'ils ne se fussent pas immiscés et qu'ils se fussent entièrement abstenus. On citait même des arrêts qui avaient accueilli un système aussi déraisonnable.

» Mais la question s'étant représentée à l'audience du 12 juillet 1783, entre le sieur Barneche de Larceveau et Jean d'Etchemendigaray de Jaxu, le parlement, conformément aux conclusions de M. de Faget de Baure, avocat-général, a admis la répudiation faite par d'Etchemendigaray de l'hérédité de son père, quoiqu'il n'eût pas fait d'inventaire. Il était justifié que ce particulier s'était abstenu; il vivait d'ailleurs séparément de son père à l'époque de la mort de ce dernier et auparavant ».

§. II. *Lorsqu'entre deux parties qui se disputent une Succession, il est intervenu un jugement qui les a déclarées toutes deux parentes du défunt, mais qui en même temps a déclaré l'une plus proche que l'autre, et que ce jugement est passé en chose jugée, un tiers peut-il, en prouvant qu'il est parent dans un degré plus éloigné que la partie qui a succombé comme moins proche, être admis à prouver que la partie qui a triomphé, n'est point du tout parente, et, par là, évincer celle-ci?*

V. le plaidoyer et l'arrêt du 6 thermidor an 11, rapportés à l'article *Religionnaire*, §. 2.

§. III. *L'abolition du régime féodal a-t-elle, de plein droit, et à compter de la publication de la loi du 15-28 mars 1790, soumis au partage égal les censives*

Digitized by Google

qui, dans certaines coutumes, étaient sujettes à des préciputs en faveur des aînés ou des puînés?

V. le plaidoyer du 9 ventôse an 11, rapporté à l'article *Féodalité*, §. 3.

§. IV. *Avant la loi du* 8-13 *avril* 1791, *les enfans du premier mariage prenaient-ils, dans les rentes constituées régies par la coutume de Cambray, la part avantageuse que cette coutume leur attribuait dans les immeubles réels?*

V. le plaidoyer du 11 ventôse an 11, rapporté à l'article *Substitution fidéicommissaire*, §. 2.

§. V. 1° *Avant la loi du* 8-13 *avril* 1791, *la sœur, dans la coutume de Nivernais, était-elle exclue par son frère, toutes les fois qu'ils venaient ensemble à la Succession d'un collatéral quelconque; ou ne l'était-elle que dans le cas où ils venaient ensemble à la Succession d'un frère ou d'une sœur?*

2° *L'était-elle du moins lorsqu'ils se trouvaient dans les termes de la représentation admise par cette coutume, et qu'ils venaient ensemble, soit par le secours de la représentation même, soit de leur propre chef, à la Succession d'un oncle ou d'une tante?*

En 1788, décès de Joseph Chammorot d'Ouvernay, laissant pour plus proches parens, une sœur (la veuve Ursin), un neveu (Joseph Chammorot), et une nièce mariée au sieur Godin. Ce neveu et cette nièce étaient frère et sœur.

La coutume de Nivernais n'admettant la représentation que pour les immeubles (chap. 34, art. 13), tous les biens mobiliers ont été recueillis sans difficulté par la veuve Ursin. Mais à l'égard des immeubles, une contestation s'est élevée entre la dame Godin et Joseph Chammorot. La dame Godin en réclamait la moitié, Joseph Chammorot prétendait avoir le tout. Ils se fondaient l'un et l'autre sur l'art. 14 du chap. 34 de la coutume qui est ainsi conçu: « En Succession collatérale, le » frère forclot sa sœur; et aussi ses enfans, » soit mâles ou femelles, forcloent leur tante, » sœur de leur père, et les enfans descendans » d'elle, soit mâles ou femelles: à savoir, » forcloent leurdite sœur des immeubles, et » non pas des meubles qui appartiennent à » leurdite tante, comme plus prochaine de la » chair du défunt. Et quant aux enfans d'elle » décédée lors du trépas d'icelui défunt, ils » sont forclos par leurs cousins et cousines » descendans du frère, tant des meubles que » des immeubles, comme représentant leur » père. Et en toutes autres Successions colla- » térales, sera gardé et observé le droit com- » mun ».

Cette contestation portée au tribunal civil de l'arrondissement de Nevers, jugement du 11 ventôse an 10, qui, « attendu qu'il s'agit de » Succession collatérale, et qu'en Succession » collatérale, le frère forclot sa sœur; que » tel est le vœu de l'art. 24 du chap. 34 de la » coutume de Nivernais qui régit les par- » ties....; déclare Cosme Godin et Marie » Chammerot, son épouse, non-recevables » dans leurs demandes... ».

Les sieur et dame Godin appellent de ce jugement; et le 29 thermidor an 11, arrêt par lequel,

« Considérant que la question ne peut se décider par une disposition isolée de l'art. 14 du chap. 34 de la coutume de Nivernais; que, pour juger sainement de l'esprit et du sens qu'il renferme, il faut le prendre dans son ensemble et en rapprocher les dispositions des art. 13 et 16 qui le précèdent ou le suivent immédiatement; qu'il est évident qu'il a voulu mettre des bornes à la forclusion, puisqu'après avoir spécifié les trois cas où il l'admet, il se termine en statuant qu'*en toutes autres Successions collatérales, sera observé le droit commun;* qu'il résulte du surplus de ses dispositions rapprochées de l'art. 13, que la forclusion a les mêmes bornes que la représentation, puisqu'il n'établit la forclusion qu'en faveur du frère contre sa sœur; qu'en faveur des enfans du frère, soit mâles ou femelles, contre la tante, *sœur de leur père et du défunt;* qu'en faveur des mêmes enfans du frère, aussi soit mâles ou femelles, contre leurs cousins et cousines issus de leur tante; et que ces trois cas sont exactement renfermés dans les limites de la représentation déterminées par l'art. 13, qui porte qu'*en succession collatérale, représentation a lieu entre frères et sœurs et enfans de frères et sœurs,* ET NON ULTRA; que cette conséquence acquiert un nouveau degré d'évidence, lorsqu'on voit que la forclusion, comme la représentation, n'a pas lieu pour les *meubles qui appartiennent*, disent ces articles, *au plus prochain de la chair du défunt;* lorsqu'on voit que les enfans du frère sont appelés par l'art. 14 à forclore leurs cousins et cousines issus de leur tante, *comme représentant leur père;* lorsqu'on voit enfin, par l'identité des expressions dont on s'est servi dans ces deux articles, pour faire connaître le degré de parenté des concurrens avec celui de la Succession duquel il s'agit,

Digitized by Google

que la forclusion, comme la représentation, n'a lieu que lorsque ceux qui se présentent à une Succession collatérale, sont, entre eux et avec le défunt, frères et sœurs, ou enfans de frères et sœurs;

» Considérant, d'un autre côté, que le frère qui est appelé à forclore sa sœur, en vertu de la première disposition de l'art. 14, est nécessairement le frère du défunt, 1° parceque l'art. 16, relatif au double lien, qui contient aussi une espèce de forclusion également renfermée dans les bornes de la représentation, le décide formellement, en statuant que *frères germains, en Succession l'un de l'autre, sont préférés à frères utérins et paternels;* 2° parceque, s'il n'était pas le frère du défunt, il ne serait pas avec lui dans les termes de la représentation, qui servent de limites à la forclusion; 3° parceque la forclusion n'a lieu dans ce cas, qu'en vertu du droit personnel qui ne peut exister qu'autant que sa sœur et lui sont frère ou sœur du défunt;

» Considérant d'ailleurs que la forclusion établie dans les deux autres cas spécifiés par cet article, n'est pas prononcée en faveur du frère contre sa sœur, mais en faveur des enfans du frère, *soit mâles, soit femelles,* contre leur tante et ses enfans; que le motif de la forclusion, dans ces deux cas, est fondé sur ce qu'ils *représentent leur père, frère du défunt;* et qu'aux termes du droit, les filles, comme les enfans mâles, représentent leur père; que d'ailleurs il serait absurde que le frère pût, dans ces deux cas, opposer à sa sœur un privilége qu'elle partage avec lui, et dont elle jouirait seule, s'il n'existait pas;

» Considérant en outre que la forclusion est moins un privilége de masculinité, qu'un partage que la loi municipale a voulu faire à la branche issue du frère, au préjudice de celle issue de la sœur; puisque, par ces mots, *et aussi les enfans* (du frère), *soit mâles ou femelles, forcloent leur tante, sœur de leur père, et aussi les enfans descendans d'elle,* elle l'admet indistinctement en faveur de tous les enfans du frère, et même au profit de ses filles contre les enfans mâles de sa sœur;

» Considérant enfin que la forclusion étant une disposition exorbitante et rigoureuse, loin de l'étendre des cas spécifiés à d'autres cas qui ne le sont pas, on doit au contraire la resserrer dans les justes bornes où la loi a voulu la restreindre;

» Le tribunal (d'appel de Bourges) dit qu'il a été mal jugé.....; émendant....., ordonne que, par experts....., il sera procédé au partage.....».

Recours en cassation de la part de Joseph Chammorot.

« Cette affaire (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 9 fructidor an 12) vous présente deux questions intimement liées l'une à l'autre : la première, si le droit que la coutume de Nivernais attribuait au frère d'exclure la sœur, lorsqu'ils venaient ensemble à une Succession collatérale, s'étendait à tous les degrés indistinctement, ou s'il était renfermé dans les bornes de la représentation; la seconde, si, dans les bornes de la représentation même, ce droit avait lieu lorsque le frère et la sœur ne venaient à la Succession que comme représentant leur père, où s'il était restreint au cas où ils succédaient sans concurrens et de leur propre chef.

» La cour d'appel de Bourges a jugé ces deux questions au désavantage du demandeur; et le demandeur soutient que, par le jugement qu'elle a porté sur l'une et sur l'autre, elle a violé les dispositions de l'art. 14 du chap. 34 de la coutume.

» D'abord, dit-il, rien de plus général que les termes par lesquels débute cet article : *En succession collatérale, le frère forclot sa sœur.* Il n'y a là ni distinction ni réserve. La sœur est exclue par le frère, toutes les fois qu'ils viennent ensemble à une Succession collatérale. Que ce soit la Succession d'un frère, d'un oncle, d'un cousin germain, d'un cousin issu de germain, d'un cousin au sixième, au dixième, au vingtième degré, il n'importe : dans tous les cas, *le frère forclot sa sœur;* le juge ne doit ni ne peut distinguer, quand la loi ne distingue pas.

» Effectivement, Messieurs, il n'y aurait pas de distinction à faire dans cette partie de l'art. 14, si, par les dispositions qui la précèdent dans l'art. 13, et par celles qui la suivent dans l'art. 14 même, la coutume ne manifestait pas la volonté de restreindre aux degrés dans lesquels elle limite la représentation, l'exercice du privilége qu'elle accorde au frère d'exclure sa sœur. C'est ainsi que, quand la coutume de Normandie, art. 309, dit que *les frères excluent les sœurs,* elle entend que cette exclusion aura lieu dans les Successions des parens les plus éloignés, comme dans les Successions des parens les plus proches; et elle l'entend si bien, que, par le même article, elle veut indéfiniment que les *descendans des frères excluent les descendans des sœurs étant en pareil degré.*

» Mais la coutume de Nivernais nous offre des dispositions toutes différentes; et il est

Digitized by Google

impossible, en combinant ce qu'elle dit sur la représentation dans l'art. 13, avec l'ensemble de l'art. 14, de n'être pas convaincu de cette vérité.

» Par l'art. 13, elle déclare que la représentation aura lieu dans les Successions collatérales *entre frères et sœurs et enfans des frères et sœurs du défunt* ET NON ULTRA; et lorsque, par l'art. 14, elle établit un droit de forclusion en faveur de la masculinité, elle a soin de le restreindre à trois cas : celui du concours du frère avec la sœur, celui du concours des enfans du frère avec leur tante, et celui du concours des enfans de la sœur avec les enfans du frère.

» Elle fait plus, elle ajoute qu'*en toutes autres Successions collatérales, le droit commun* doit être *gardé et observé* : ce qui signifie bien clairement que, hors des termes de la représentation bornée par l'art. 13 aux degrés des frères, des sœurs et de leurs enfans, il ne doit plus y avoir de privilége pour la masculinité.

» Ce n'est pas tout. Il est tellement dans l'esprit de la coutume, de faire marcher de front le privilége de la masculinité et la représentation, qu'elle fait cesser l'un, même dans les degrés désignés par l'art. 13, pour les biens qui ne sont pas soumis à l'autre. En effet, l'art. 13 excepte de la représentation *des meubles qui adviennent*, dit-il, *au plus prochain de la chair*; et l'art. 14 veut en conséquence que la tante *forclose* des immeubles par les enfans de son frère, en vertu du droit qu'ils ont de le représenter, les exclue elle-même des meubles, *comme plus prochaine de la chair du défunt*.

» Enfin, ce qui achève de démontrer la subordination absolue du privilége de la masculinité au droit de représentation, c'est que, par le même art. 14, la coutume veut que celui-ci l'emporte sur celui-là; c'est que, par cet article, elle veut que les filles du frère, *comme représentant leur père*, excluent les fils de la sœur.

» Inutile, après cela, de dire que, dans la première partie de cet article, la coutume s'exprime en termes généraux : *En Succession collatérale, le frère forclot la sœur*; et qu'à ces mots, *le frère*, elle n'ajoute pas *du défunt*?

» D'une part, cet article n'est évidemment que la suite, et, comme le dit Coquille, *l'appendice* de l'art. 13, dans lequel les mots *du défunt* sont employés en toutes lettres; il est donc bien naturel de les sous-entendre dans l'art. 14.

» D'un autre côté, l'art. 14 lui-même démontre, par sa propre contexture, que c'est du frère *du défunt* qu'il entend parler. Après avoir dit que *le frère forclot sa sœur*, il ajoute : *Et aussi* les enfans du frère *forclosent* leur tante, sauf dans les meubles qui lui *appartiennent comme plus prochaine de la chair* DU DÉFUNT. Ici, bien sûrement c'est des enfans *du frère du défunt* qu'il s'agit. Eh! Comment voudrait-on que, dans la première partie de l'article, le *frère du défunt* ne fût pas également l'objet de la disposition de la coutume? L'expression *et aussi* qui lie cette première partie à la suivante, n'annonce-t-elle pas, ne prouve-t-elle pas démonstrativement, que, dans l'une comme dans l'autre partie, c'est le *frère du défunt* que la coutume a en vue?

» Par là se trouve réfuté à l'avance l'argument que le demandeur prétend tirer de l'art. 9 du tit. 7 de l'ancienne coutume de Nivernais, aux termes duquel, *en Succession collatérale, le mâle* excluait *la femelle en pareil degré, tant qu'il y* avait *hoir mâle, ou hoir descendant de lui, soit ledit hoir mâle ou femelle descendant de lui*. Si cette disposition se retrouvait en termes semblables ou équipollens, dans la nouvelle coutume, nul n'oserait contredire le système du demandeur; mais elle ne s'y retrouve, comme le porte le procès-verbal de la nouvelle coutume elle-même, qu'avec des *modifications et restrictions*. Et ces *restrictions*, ces *modifications*, en quoi consistent-elles? Vous venez de le voir, Messieurs : elles consistent en ce que le privilége attribué par l'ancienne coutume à la masculinité, n'a plus lieu dans toutes les Successions collatérales, mais seulement dans celles où peut s'exercer le droit de représentation.

» Et il ne faut pas s'étonner que les rédacteurs de la nouvelle coutume de Nivernais aient ainsi restreint et modifié ce privilége; ils avaient dans leur voisinage un exemple qui devait naturellement les porter à cet adoucissement du sort des filles. La coutume de Bourbonnais qui avait été rédigée pour la première fois en 1493 (deux ans après la rédaction de l'ancienne coutume de Nivernais), et pour la deuxième en 1520, leur offrait, dans ses premières comme dans ses dernières dispositions, un article qui restreignait expressément aux *termes de la représentation*, le droit qu'elle accordait aux mâles d'exclure des Successions collatérales, les *filles mariées et apanées*; et ils devaient se porter d'autant plus facilement à adopter cette restriction, que, comme l'attestent et le prouvent Berroyer et Delaurière dans leur *Bibliothèque des coutumes*, page 249, la même coutume avait

Digitized by Google

anciennement régi le Bourbonnais et le Nivernais.

» Mais, objecte le demandeur, l'usage des premiers temps qui ont suivi la réformation faite en 1534 de la coutume de Nivernais, était conforme à mon système, et cet usage mérite ici la plus grande considération.

» Il la mériterait en effet, s'il n'eût pas, dès-lors, éprouvé de contradiction de la part des rédacteurs de cette loi municipale. Mais Coquille, dans sa 241e *question*, nous apprend que Guillaume Bourgoin, son oncle, l'un des deux conseillers du parlement de Paris qui avaient été choisis par François Ier pour commissaires à la réformation de la coutume, avait, dès ce temps-là même, manifesté une opinion contraire à cet usage. *L'ancienne coutume de* 1491 (dit-il) *porte qu'en succession collatérale, le mâle forclot la femelle en pareil degré : celle de* 1534 *dit que le frère forclot sa sœur, et que les enfans du frère forcloent leur tante et ses enfans. Longtemps durant, on a pratiqué cet article ainsi cruement en toutes Successions collatérales,* etiam *hors les termes de représentation, ce qui est bien rude et déraisonnable. Pourquoi, les modernes examinant de plus près l'article comme il est conçu et comme étant* APPENDICE DU PRÉCÉDENT, *et aussi par le témoignage d'aucuns dignes de foi* QUI ONT RAPPORTÉ L'AVOIR AINSI ENTENDU DE M. GUILLAUME BOURGOIN, L'UN DES COMMISSAIRES A LA RÉDACTION DE LADITE COUTUME, *ont estimé que cette forclusion était seulement ès-termes de représentation, c'est-à-dire, quand le défunt a laissé des frères et sœurs ; suivant cette opinion, les avocats de notre temps ont conseillé, et les juges ont jugé..... Donc est bienséant de dire que cette exclusion de la sœur par son frère, est seulement ès-termes de représentation, c'est-à-dire, quand ce sont frères et sœurs et enfans de frères et sœurs du défunt.*

» Le même auteur, dans son Commentaire sur la coutume, chap. 34, art. 14, développe les raisons de droit qui justifient cette interprétation; il en donne cinq, et voici la quatrième : *La quatrième raison est qu'aucuns de nos plus anciens disent avoir entendu de ceux qui furent directeurs de cette rédaction de coutume, que, lors d'icelle, il avait été entendu que cet article devait avoir lieu seulement dedans les degrés de représentation.*

» A entendre le demandeur, ce sont là autant de mensonges de Coquille; Coquille n'a écrit ces assertions que de *mauvaise foi;* et cependant il les écrivait, non en 1605 comme l'avance le demandeur (puisqu'il était mort dès 1603), mais en 1591, époque assez rapprochée de 1534, pour qu'alors il existât encore beaucoup de personnes qui avaient connu les rédacteurs. Or, il est bien difficile de penser que Coquille eût osé, sur un fait aussi intéressant pour toutes les familles du Nivernais, invoquer à faux et publiquement le témoignage de ces personnes. Il est bien difficile de penser qu'il eût pu prendre sur lui d'assurer que les avocats, dans leurs consultations, et les juges, dans leurs jugemens, se conformaient à la doctrine qu'appuyait ce témoignage, si effectivement ce n'eût pas été dans ce sens que (pour nous servir de ses propres termes) les avocats eussent *conseillé*, si ce n'eût pas été dans ce sens que les juges eussent *jugé*.

» D'ailleurs, s'il eût voulu sur ce point en imposer au public, qu'aurait-il eu besoin de citer vaguement des témoins étrangers? Il n'aurait eu qu'à dire que c'était à lui-même que son oncle Bourgoin avait exprimé son opinion sur le véritable esprit de la coutume; car il l'avait connu dans sa jeunesse; il lui avait même servi de secrétaire pendant trois ans.

» Enfin, quel était cet homme à qui le demandeur ne craint pas d'imputer une mauvaise foi aussi insigne et aussi mal adroite? Était-ce un particulier obscur et n'ayant rien à ménager avec l'opinion de ses concitoyens? Non, c'était un ancien député aux états-généraux de Blois, c'était le procureur-général du duché de Nivernais, c'était un jurisconsulte si généralement estimé, dit Loysel, dans ses Opuscules, que *le palais de Paris l'allait souvent chercher jusqu'en son pays pour lui faire faire des écritures et des mémoires, et pour avoir son avis ;* c'était enfin un homme à qui Henri IV offrit dans son conseil une place qu'il eut la modestie de refuser.

» Mais, au moins, objecte encore le demandeur, si la jurisprudence du Nivernais était, du temps de Coquille, conforme à son opinion, elle a changé depuis; et j'en trouve la preuve dans les arrêts qui, depuis, ont consacré l'avis que je défends.

» Quels sont donc ces arrêts? Le demandeur en invoque six; mais vous allez voir qu'il peut tout au plus en invoquer deux, et que leur autorité est au moins balancée par d'autres jugemens.

» Le premier des six arrêts cités par le demandeur, nous est retracé dans une note de Thomas Chauvelin, sur l'art. 14 du chap. 34 de la coutume de Nivernais; et cette note, qui est insérée dans le coutumier général de Baudot de Richebourg, voici comment elle est conçue : *Arrêt du* 6 *septembre* 1608, *au rapport de M. Portail, en la seconde, con-*

Digitized by Google

firmatif d'une sentence de Messieurs des requêtes du palais, du 29 mars précédent, au profit de Jacques Devouet, d'une part, et Marguerite Devouet, d'autre, pour la Succession de Marguerite Debuissière, leur nièce; et ainsi, (il a été jugé) *qu'en la Succession de la nièce, le mâle forclot la femelle et descendans d'elle.*

» Si cet arrêt est fidèlement rapporté, nous devons convenir qu'il a jugé (contre l'opinion de Coquille, embrassée, dans notre espèce, par la cour d'appel de Bourges) que la *forclusion* des femelles par les mâles n'est pas renfermée dans les termes de la représentation; car jamais les oncles et les tantes ne peuvent, d'après l'art. 13 de la coutume, venir par représentation à la Succession de leur nièce. Mais remarquons bien que cet arrêt n'a fait que confirmer une sentence des requêtes du palais, c'est-à-dire, de juges qui n'étaient pas familiarisés avec la coutume de Nivernais, et qu'il l'a confirmée à une époque où les *questions* de Coquille n'étaient pas encore imprimées (elles ne l'ont été, pour la première fois, qu'en 1611); à une époque où ses *Institutions au droit français*, ne venaient que de paraître (la première édition de cet ouvrage est de 1607); à une époque où il n'y avait encore que trois ans que paraissait son *Commentaire*.

» C'en est assez, sans doute, pour qu'il soit permis de croire que cet arrêt n'a pas été suffisamment réfléchi.

» Le second arrêt nous a encore été conservé par Thomas Chauvelin : *Jugé* (dit ce scholiaste) *au profit de Louis Delachassaigne, que le frère excluait sa sœur en la Succession de Françoise Nige, tante, par sentence du bailli de Nivernais, du 2 juin 1618, confirmée par arrêt du 8 février 1629.*

» *Voilà notre espèce*, s'écrie le demandeur; point du tout. Le demandeur et la dame Codin, sa sœur, ne viennent à la Succession de François Chammorot d'Ouvernay, leur oncle, que par droit de représentation; car, sans le secours de la représentation, ils seraient exclus par la veuve Ursin, leur tante. Louis et Françoise Delachassaigne, au contraire, venaient de leur propre chef à la Succession de leur tante Françoise Nige; et nous verrons tout-à-l'heure, en discutant la deuxième question de cette cause, que, d'après les propres termes de la coutume, il existe entre ces deux cas une différence véritablement incommensurable.

» Le troisième arrêt est intervenu dans la même espèce que celui de 1620. Il s'agissait, comme nous l'apprend Brodeau (dans sa note sur l'art. 14 du chap. 34 de la coutume de Nivernais, insérée pareillement dans le coutumier général de Richebourg), de la Succession d'un oncle que se disputaient Jean Sacré, son neveu, et Perrette Sacré, sœur de celui-ci. Les premiers juges avaient décidé que le neveu excluait la nièce, et leur sentence fut confirmée le 30 décembre 1627, sur les conclusions de M. l'avocat-général Talon, avec ordre de publier l'arrêt au bailliage de Nevers.

» Mais aurait-on jugé de même, si, comme dans notre espèce, Jean et Perrette Sacré, frère et sœur, avaient eu pour concurrens dans la Succession de leur oncle, soit une tante, soit des enfans d'une tante, sœur du défunt? Nous croyons pouvoir assurer que non; et ce qu'il y a du moins de bien constant, c'est que ce n'est point là ce qu'a jugé l'arrêt du 30 décembre 1627.

» Il en est de même de celui que le demandeur date du 15 juin 1694, et qu'il dit avoir puisé dans le coutumier général, où il ne se trouve pourtant pas. Il a, dit le demandeur, confirmé *une sentence de Nevers, qui jugeait que la demoiselle Brisson était forclose par ses frères de la Succession de l'oncle commun*. Mais encore une fois, les frères de la demoiselle Brisson auraient-ils obtenu sur elle le même avantage, si, comme le demandeur, ils avaient eu une tante encore vivante, et si leur sœur eût pu leur dire, comme la dame Godin le dit au demandeur, qu'appelée avec eux par la coutume à exclure cette tante, elle ne pouvait pas recevoir d'eux une exclusion qu'elle les aidait elle-même à lui donner? C'est là, vous le voyez clairement, Messieurs, une question que n'a ni jugée ni pu juger le prétendu arrêt de 1694. Cet arrêt est donc absolument étranger à la cause actuelle.

» Même observation sur le cinquième arrêt, que Brillon, au mot *Succession*, n° 60, cite, comme ayant jugé, le 15 juin 1695, en confirmant une sentence du bailliage de Nevers, *que le frère issu de la sœur pouvait forclore sa propre sœur dans la Succession de leur oncle commun*. Et encore est-il à remarquer que cet arrêt a étendu, d'une manière bien étrange, la disposition de l'art. 14 de la coutume. Par cette disposition, les filles du frère excluent les fils de la sœur : et comme il résulte de là, ainsi que l'a très-bien observé la cour d'appel de Bourges, que la forclusion, entre les enfans du frère et de la sœur, n'est point un privilége personnel à la masculinité, mais un avantage accordé par la loi municipale à la descendance du frère; il en résulte nécessairement aussi que cet avantage, ce

Digitized by Google

privilége, ne peuvent jamais avoir lieu entre les enfans de la sœur.

» Reste le sixième arrêt, celui du 14 mars 1713, qui a jugé, entre les sieurs de la Tournelle et la dame Dubreuil, leur sœur, que celle-ci était exclue par ceux-là de la Succession de leur neveu commun, tué à la bataille de Malplaquet.

» Le demandeur a raison de dire que cet arrêt a rejeté l'opinion de Coquille, puisqu'à l'exemple du premier, de celui du 6 septembre 1608, il a admis le privilége de la forclusion coutumière, hors des termes de la représentation. Mais était-ce, pour la cour d'appel de Bourges, une autorité qui dût céder à l'évidence des moyens qui justifient cette opinion? Et la cour d'appel de Bourges, aura-t-elle violé la coutume, précisément parcequ'elle aura preféré l'avis d'un commentateur celèbre et nourri dans les principes du droit municipal de la province, à un ou deux arrêts du parlement de Paris. Mais le parlement de Paris lui-même avait, à cet égard, devancé la cour d'appel de Bourges; il avait lui-même jugé, sinon le 30 août 1636 (car le demandeur nie l'existence de l'arrêt qu'on lui oppose sous cette date), du moins le 2 avril 1784, *que le neveu n'excluait pas la tante, dans la Succession du cousin germain.*

» Voulez-vous savoir d'ailleurs ce que pensait de l'arrêt de 1713, le savant et profond Delaurière? Voulez-vous savoir si ce flambéau de notre ancien droit coutumier était, ou non, d'accord avec Coquille? Écoutez-le, dans le tome 3 de son commentaire sur la coutume de Paris, page 378. Après avoir rapporté le texte de l'art. 14 du chap. 34 de la coutume, il ajoute : *Le sens de cet article est 1° que, quand un homme décède sans enfans, laissant un frère et une sœur, le frère exclud la sœur; 2° que les enfans de ce frère, mâles ou femelles,* EN LE REPRÉSENTANT, *excluent pareillement leur tante, sœur de leur père et de leur oncle défunt, de la Succession des immeubles, et non des meubles qui lui appartiennent comme plus proche parente; 3° qu'ils excluent aussi les enfans descendans d'elle, soit mâles ou femelles, leurs cousins et cousines, tant des meubles que des immeubles, comme représentant leur père, frère de leur oncle défunt; et enfin, qu'en toutes autres Successions collatérales, on suit le droit commun, suivant lequel les femelles succèdent avec les mâles.....*

» *Le sieur de la Tournelle* (continue Delaurière, page 380) *ayant été tué à Malplaquet, et n'ayant laissé pour présomptifs héritiers, que deux oncles et une tante, frère et sœur, la question fut de savoir si les deux oncles succéderaient à l'exclusion de la comtesse Dubreuil, leur sœur. Les deux oncles, frères de la comtesse Dubreuil, alléguaient, en leur faveur, ces paroles qui sont au commencement de l'art.* 14 : EN SUCCESSION COLLATÉRALE, LE FRÈRE FORCLOT SA SŒUR. *Nous sommes, disaient-ils, en ligne collatérale, et vous êtes notre sœur; par conséquent nous vous excluons. La comtesse répliquait que le frère n'excluait sa sœur que* DANS LES TERMES DE REPRÉSENTATION; *et elle alléguait en sa faveur, ces mots de la fin de l'article, que,* DANS TOUTES LES AUTRES SUCCESSIONS COLLATÉRALES, ON SUIVAIT LE DROIT COMMUN, *selon lequel les femelles succèdent avec leurs mâles. Mais,* COMME LE SORT DE CET ARTICLE EST D'ÊTRE MAL-ENTENDU, *il fut décidé que la dame comtesse Dubreuil, exclue par ses frères, ne succéderait pas à son neveu, ce qu'on remarque ici afin qu'un tel jugement ne soit jamais tiré à conséquence.* Et dans le fait, Messieurs, cet arrêt a été si peu tiré à conséquence, même par le parlement de Paris, que, comme nous venons de l'observer, cette cour a jugé le contraire le 2 avril 1784.

» Le bailliage de Nevers ne s'était pas attaché davantage, soit à l'arrêt de 1608, soit à celui de 1713; et ce qui le prouve d'une manière sans réplique, c'est qu'indépendamment des sentences de 1659, 1663 et 1684 que le demandeur convient lui avoir été opposées par la dame Godin, et que nous ne connaissons pas plus qu'il ne dit les connaître, il existe un acte de notoriété de ce tribunal, du 18 décembre 1779, qui atteste *que la jurisprudence du bailliage de Nevers est que l'art.* 14 *s'interprète par l'art.* 13 *qui le précède, et dont il ne doit pas être séparé; que la forclusion en faveur des mâles, n'a lieu que dedans les degrés de représentation marqués par cet art.* 13, *c'est-à-dire, entre frères et sœurs, et enfans de frères et de sœurs du défunt seulement; et qu'en toutes autres Successions collatérales, le droit commun est observé suivant le vœu dudit art.* 14; *que c'est ainsi que la question a été jugée, lorsqu'elle s'est présentée, notamment le* 28 *juin* 1757, *par sentence rendue sur productions respectives, au rapport du lieutenant particulier.*

» Il y a aussi une sentence du même bailliage, du 23 mai 1780, qui, de l'aveu du demandeur, juge *que les cousins germains n'excluent pas la tante;* et nous ne devons pas négliger de mettre sous vos yeux la partie du plaidoyer de l'avocat-général du duché de Nivernais, qui est rappelée dans le jugement de pre-

Digitized by Google

mière instance, comme extraite du vu de cette sentence même : *Est-ce pour tous les cas de Succession collatérale* (disait ce magistrat), *que cette forclusion est établie ? Quel est ce* FRÈRE *qui forclot sa sœur ? Quels sont les* ENFANS DU FRÈRE *qui forcloent leur tante et ses enfans ? Sont-ce les frères, à quelque degré qu'ils soient parens du défunt ? Non, assurément, il s'en faut beaucoup. L'article porte avec lui son espèce : ce frère est celui qui peut être représenté par ses enfans ; et les enfans du frère sont ceux qui peuvent représenter et qui représentent leur père : leurs cousins et cousines descendans du frère comme représentant leur père. Or, quels sont les enfans qui, dans notre coutume, peuvent, en Succession collatérale, représenter leur père ? Ce sont les neveux ou nièces du défunt.* Vous concevez, Messieurs, quelle impression ont dû faire sur le bailliage de Nivernais, des raisons aussi lumineuses, et en même temps aussi simples.

» Cependant, s'il en faut croire le demandeur, le bailliage de Nivernais n'a pas persisté dans cette jurisprudence ; il l'a abrogée solemnellement en 1784.

» En 1784 ! Mais quel jour, et dans quel mois ? Le demandeur n'en sait rien, chose assez étrange pour un prétendu jugement rendu avec tant de solennité : tout ce qu'il sait, c'est que la question se présentait dans *l'affaire de Sainte-Marie ;* c'est qu'il y fut jugé *que le frère même issu de femelle, excluait sa sœur dans la Succession de l'oncle commun ;* c'est que cela fut jugé *sans avoir égard à la représentation,* termes que le demandeur a soin d'imprimer en italique, comme pour faire entendre qu'il les a extraits de la prétendue sentence de 1784.

» Mais de ces termes même, il résulte que la question s'était élevée dans une espèce où il y avait lieu à la représentation ; il en résulte que la représentation était alléguée, on ne sait sur quel fondement, pour écarter le privilége de masculinité réclamé par un neveu contre sa sœur ; il en résulte par conséquent que cette prétendue sentence n'a ni rejeté ni pu rejeter l'opinion de Coquille.

» Du reste, s'il est vrai qu'à l'exemple de l'arrêt de 1695, rapporté par Brillon, cette sentence ait accordé le privilége de masculinité à un neveu *issu de femelle* contre sa sœur, nous devons le dire sans hésiter, elle a, comme l'arrêt de 1695, jugé contre l'esprit de la coutume ; parlons plus juste, elle a jugé contre son texte formel. Mais c'est un point étranger à la question qui nous occupe en ce moment, et il est inutile de nous y arrêter.

» Tenons donc pour bien constant que la cour d'appel de Bourges, loin de violer la loi municipale des parties, en a saisi le véritable sens, lorsqu'elle a jugé que le droit de forclusion accordé au frère contre la sœur, ne s'étend point au-delà des termes de la représentation ; que, si la jurisprudence a varié à cet égard dans le parlement de Paris, du moins on ne peut citer que deux arrêts contre un ; et que, quant au bailliage de Nevers, il a, depuis plus de deux siècles, constamment prononcé en faveur de l'opinion à laquelle le parlement de Paris a été forcé de revenir en 1784, après l'avoir proscrite en 1608 et 1713.

» Et il ne faut pas que le demandeur se prévaille avec tant d'avantage de la décision qu'il a obtenue des premiers juges. Que les premiers juges soient présumés bien connaître leur ancienne loi municipale, soit ; mais la cour d'appel de Bourges a dans son sein plusieurs magistrats qui doivent la connaître aussi, et tels sont notamment MM. Sautereau, Ballard, Guilleraud et Morin, qui sont nés dans le ci-devant Nivernais, qui y ont exercé des fonctions judiciaires pendant un grand nombre d'années, et dont les premiers ont même été députés au corps législatif par le département de la Nièvre.

» Mais, dit le demandeur, pourquoi tant disputer sur le point de savoir si la coutume restreint le principe de masculinité dans les mêmes limites que la représentation ? Je me trouve précisément dans ces limites ; c'est même par droit de représentation, c'est comme représentant notre père commun, que ma sœur et moi sommes venus à la Succession de notre oncle. Dès-là, que m'importe l'opinion de Coquille ? Je veux bien l'admettre avec la cour d'appel de Bourges ; et c'est parceque la cour d'appel de Bourges l'a admise, que je soutiens qu'elle a mal jugé, qu'elle s'est contredite elle-même, qu'elle a violé la lettre comme l'esprit de la coutume.

» Ici se présente, comme vous le voyez, Messieurs, la seconde question que nous avons annoncée ; et déjà vous remarquez que le demandeur ne la résoud à son avantage, que par le secours d'une équivoque.

» Sans doute, pour exercer le droit de forclusion attaché par la coutume à la masculinité, il faut être dans les degrés de la représentation, c'est-à-dire, frère ou neveu du défunt. Mais de ce qu'un héritier mâle se trouve dans les degrés de la représentation,

Digitized by Google

s'ensuit-il nécessairement qu'il doive exclure sa sœur? Oui, s'il est frère du défunt. Oui encore, suivant les arrêts de 1620, 1627, 1694 et 1695, si, étant neveu du défunt, il n'a point d'autre concurrent que sa sœur; si lui et elle viennent de leur propre chef à la Succession; en un mot, s'ils n'ont ni oncle, ni tante, ni cousin germain, ni cousine germaine. Dans ces deux cas, point de difficulté, au moins d'après la jurisprudence : *le frère forclot sa sœur.*

» Nous disons, *d'après la jurisprudence :* car si, pour le deuxième cas, la question était encore entière, si les quatre arrêts de 1620, 1627, 1694 et 1695 ne l'avaient pas décidée uniformément en faveur du frère, si surtout le second de ces arrêts n'était pas en forme de réglement, nous ne balancerions pas à soutenir que le frère ne doit pas exclure sa sœur de la Succession d'un oncle à laquelle ils viennent sans le secours de la représentation. Alors, en effet, le frère ne se trouve dans aucun des trois cas où la coutume veut que la forclusion ait lieu.

» Pour adopter l'opinion contraire, il faut aller jusqu'à supposer que, quand la coutume dit, *le frère forclot sa sœur,* elle n'entend point le frère du défunt; mais cette supposition, nous l'avons complettement réfutée par l'ensemble des dispositions de l'art. 14; elle est d'ailleurs victorieusement détruite par le peu de paroles que nous avons citées des conclusions de l'avocat-général du duché de Nivernais, du 23 mai 1780; et Delaurière était si profondément convaincu de sa fausseté, qu'il y revient jusqu'à trois fois, dans le troisième tome de son Commentaire sur la coutume de Paris. Déjà, nous vous avons rapporté ce qu'il dit à la page 378; voici maintenant comme il s'exprime à la page 96, après avoir copié les art. 13 et 14 du chap. 34 : *Ces articles, comme on le voit, ordonnent six choses : la première... ; en second lieu, que le frère exclud sa sœur* DANS LA SUCCESSION DU FRÈRE PRÉDÉCÉDÉ..... Et à la page 100 : *Ce dernier article* (l'art. 14) *pose trois cas ; le premier est lorsqu'un frère ou une sœur meurent, et laissent pour héritiers présomptifs un frère et une sœur survivans ; le frère, en ce cas, forclot sa sœur.* C'EST AINSI QUE LA PREMIÈRE PARTIE DE CET ARTICLE DOIT ÊTRE ENTENDUE, *comme il résulte de la suite....* Aussi, à la page 97, établit-il formellement que, même dans les termes de la représentation, *le frère succède avec la sœur*, hors des trois cas marqués par la coutume, c'est-à-dire, comme il l'exprime lui-même, hors le cas où un frère est mort laissant un frère et une sœur, hors le cas du concours d'une sœur et d'un neveu ou d'une nièce, fils ou fille du défunt, et hors le cas où le défunt n'a laissé que des neveux ou nièces, fils ou filles d'un frère et d'une sœur. Et pourquoi, hors ces trois cas, la sœur doit-elle succéder avec le frère? Parceque la coutume veut expressément que, hors ces trois cas, *le droit commun* soit *gardé et observé.*

» C'est donc par une infraction manifeste du texte de la coutume, que les arrêts de 1620, 1627, 1694 et 1695 ont admis le privilége de forclusion en faveur du frère venant avec sa sœur seulement, à la Succession d'un oncle qui n'a laissé ni sœur ni neveu ou nièce issus d'une sœur. Mais, encore une fois, ce n'est point là notre espèce; et il ne s'agit ici que de savoir si, dans la Succession d'un oncle à laquelle ils ne peuvent venir que par représentation, parcequ'ils ont pour concurrente une sœur du défunt, le frère et la sœur doivent partager également, ou si le premier doit exclure la seconde.

» Or, à quel titre, dans cette espèce, le frère exclurait-il sa sœur? Il n'est dans aucun des trois cas d'exclusion déterminés par la coutume; c'est donc par le *droit commun* que la Succession doit être réglée; par conséquent, point d'exclusion. Vouloir que l'exclusion ait lieu dans cette espèce, parceque les quatre arrêts dont nous venons de parler, l'ont étendue au cas où le frère et la sœur succèdent de leur propre chef à un oncle commun, c'est, en d'autres termes, vouloir que la coutume éprouve une seconde infraction, précisément parcequ'elle en a éprouvé une première; c'est méconnaître le principe établi par la loi 14, *de legibus*, au digeste : *quod contrà rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias.*

» Eh! Comment la sœur pourrait-elle être exclue dans ce cas, elle qui, par représentation de son père, frère du défunt, jouit du privilége de masculinité comme son frère lui-même? Elle qui, si elle n'avait point de frère, exclurait sa tante et même les enfans mâles de sa tante? Elle, que la coutume appelle textuellement, avec son frère, à l'exercice du droit d'exclusion qu'ils tiennent tous deux de leur qualité d'enfans du frère de la personne décédée?

» Et inutilement vient-on vous dire que, dans cette phrase, *les enfans, soit mâles* ou *femelles, forcloent leur tante,* la coutume établit, par la particule *ou*, un ordre de préférence qui se règle par celui de l'écriture; que les *mâles* étant nommés les premiers, c'est à eux qu'appartient, en première ligne, le

Digitized by Google

droit d'exclure leur tante; et que les *femelles* ne peuvent exercer ce droit qu'à leur défaut. Comme l'a très-judicieusement observé M. le rapporteur, la coutume condamne elle-même cette explication. Après avoir dit que les *enfans* du frère, *soit mâles ou femelles*, *forcloent leur tante*, elle ajoute qu'ils *forcloent* pareillement les enfans de leur tante, *soit mâles* ou *femelles*; et certainement dans cette addition, la particule *ou* n'établit aucun ordre de priorité; elle est évidemment synonyme de la conjonction *et*. Si donc, par cette addition, les femelles sont exclues concurremment avec les mâles, par quelle bizarrerie, dans la première disposition, les femelles ne seraient-elles pas appelées concurremment avec les mâles, à exclure leur tante et ses enfans?

» Enfin, ce qui tranche toute difficulté, c'est que, par la volonté expresse de la coutume, l'effet de la représentation n'est pas seulement de rapprocher la sœur au degré de son père, mais encore de lui transmettre fictivement son sexe, et de la faire considérer comme mâle.

» On pourrait objecter, il est vrai, l'exemple de l'art. 324 de la coutume de Paris, qui porte: *les enfans du fils aîné, soit mâles ou femelles, survivant leur père, venant à la Succession de leur aïeul ou aïeule, représentent leurdit père au droit d'aînesse.* On pourrait dire que, de l'aveu de tous les commentateurs, ces mots, *soit mâles ou femelles*, n'empêchent pas que l'aîné mâle des petits-enfans ne prenne son droit d'aînesse dans la portion qui leur est adjugée en vertu du droit d'aînesse de leur père; et de là on pourrait vouloir inférer que, par identité de raison, ces mêmes mots ne doivent pas, dans la coutume de Nivernais, empêcher le frère d'exercer contre sa sœur, le droit d'exclure qu'il tient de sa qualité de mâle. Mais cette conséquence serait sans fondement, et voici pourquoi. L'art. 324 de la coutume de Paris ne se borne pas à déclarer que *les enfans du fils aîné, soit mâle ou femelle, représentent leur père au droit d'aînesse;* il ajoute que, *s'il n'y a que filles, elles représentent leur père toutes ensemble, pour une tête audit droit d'aînesse*, SANS DROIT D'AINESSE ENTRE ELLES. Or, refuser le droit d'aînesse aux filles *entre elles*, dans le droit d'aînesse qu'elles recueillent par représentation de leur père, c'est supposer manifestement que, dans le concours, soit de plusieurs mâles, soit d'un seul mâle et d'une ou plusieurs filles, l'aîné mâle doit prendre son droit d'aînesse, à l'égard de ses frères et de ses sœurs, dans le droit d'aînesse de leur père commun. *Exclusio unius est inclusio alterius.* Ce n'est donc point par la seule vertu de la particule *ou*, qui, dans l'article cité, sépare les mots *mâles* et *femelles*, que l'aîné des petits-enfans, dans la coutume de Paris, exerce son droit d'aînesse contre ses co-représentans; c'est par l'effet d'une disposition particulière du même article; et dès-là, nul argument à tirer, pour notre espèce, de la manière dont cet article a toujours été entendu.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête du demandeur ».

Sur ces conclusions, arrêt du 9 fructidor an 12, au rapport de M. Génevois, par lequel,

« Vu les art. 13, 14 et 16 du chap. 34 de la coutume de Nivernais, et attendu que de la combinaison de ces articles, il résulte qu'en succession collatérale, la forclusion établie par la coutume en faveur du frère contre sa sœur, doit avoir les mêmes bornes que la représentation; et que cette forclusion ne peut avoir lieu que lorsque le frère qui veut s'en prévaloir, est le frère du défunt de la Succession duquel il s'agit; que par conséquent la cour d'appel séant à Bourges n'a aucunement violé les dispositions de la coutume, et n'a point fait de fausse application des articles précités, en ordonnant, dans l'espèce, le partage de la Succession immobilière de Joseph Chammorot, entre Joseph Chammorot et Marie-Anne Chammorot, sa sœur, neveu et nièce dudit Joseph, défunt;

» La cour rejette le pourvoi.... ».

§. VI. *Les enfans d'un aîné qui était marié ou veuf avec enfans, à l'époque de la publication des lois des 15-28 mars 1790 et 8-13 avril 1791, peuvent-ils exercer, dans les Successions ouvertes postérieurement à ces époques et à la mort de leur père, le droit d'aînesse, les avantages et le droit d'exclusion coutumière que ces deux lois conservaient à celui-ci?*

Adrien Blondel avait eu, d'un premier lit, deux filles; et d'un second lit, un garçon, nommé Charles, et une fille.

Charles avait été marié avant l'abolition du droit d'aînesse résultant du privilége de la masculinité, de la qualité des personnes et des biens, avec l'expectative personnelle et immédiate de ce droit, dans la Succession d'Adrien, son père.

Charles meurt le 16 mai 1791, laissant deux filles: Adrien Blondel décède le 23 août de la même année.

Digitized by Google

Il s'agit de partager sa Succession entre ses petites-filles, enfans de Charles Blondel, ses petites-filles, enfans de ses deux filles du premier lit, et sa fille du second lit.

Les enfans de Charles Blondel réclament l'avantage qu'aurait eu leur père, en vertu de la coutume du pays de Caux, s'il était vivant.

Les deux autres branches d'héritiers prétendent que le partage doit se faire par égales portions; elles excipent de la suppression du droit d'ainesse; elles allèguent que l'exception établie par la loi du 15-28 mars 1790, était personnelle aux individus favorisés par l'ancienne législation, qu'elle ne peut profiter à leurs descendans, s'ils ne sont pas eux-mêmes vivans au moment de l'ouverture de la Succession.

Les enfans de Charles Blondel répondent que l'art. 11 de la loi du 18 pluviôse an 5 appelle au bénéfice de l'exception, par droit de représentation, les enfans des père et mère décédés depuis la promulgation de la loi du 15-28 mars 1790.

Le 15 nivôse an 8, jugement du tribunal civil du département de la Seine-inférieure, qui rejette la prétention des enfans de Charles Blondel. Ceux-ci s'en rendent appelans.

Le 21 thermidor an 9, arrêt de la cour d'appel de Rouen, qui, *vu l'art.* 11 *de la loi du* 18 *pluviôse an* 5, *et attendu que cette loi n'était qu'interprétative de celle du* 8-13 *avril* 1791, *puisqu'autrement elle aurait un effet rétroactif*, ordonne que les enfans de Charles Blondel auront, par représentation de leur père, dans la Succession d'Adrien Blondel, leur grand-père, le préciput et les autres avantages déterminés par l'ancienne coutume de Caux.

Recours en cassation de la part des deux autres branches d'héritiers. Mais, le 6 frimaire an 11, arrêt de la section civile, au rapport de M. Henrion, par lequel,

« Attendu qu'à l'époque de la publication de la loi du 8-13 avril 1791, Charles Blondel vivait encore, qu'il avait des enfans, et que ses enfans ont survécu à Adrien Blondel, leur aïeul;

» Qu'aux termes de cette loi du 8-13 avril 1791 et de celle antérieure du 15-28 mars 1790, les mariés ou les veufs avec enfans pouvant seuls réclamer le bénéfice des exceptions qu'elles établissent, il faut reconnaître qu'en admettant ces exceptions, ces lois ont eu pour principal objet l'intérêt des enfans issus de mariages contractés sous le régime de l'inégalité des partages; et qu'ainsi, le jugement attaqué, en adjugeant aux défenderesses la portion avantageuse que leur père aurait prise dans la Succession de leur aïeul, s'il lui eût survécu, loin d'avoir violé ces lois, en a saisi l'esprit et rempli l'objet;

» Attendu enfin que, quand même la manière dont l'art. 6 de la loi du 8-13 avril est rédigé, présenterait quelque doute, il serait levé par cette disposition de l'art. 11 de la loi du 18 pluviôse an 5 : *ainsi que les enfans de ces mêmes personnes décédées depuis lesdites époques des* 15 *mars* 1790 *et* 8 *avril* 1791, disposition qui s'adapte si parfaitement à l'espèce, que le tribunal d'appel ne pouvait se dispenser d'en appliquer, comme il l'a fait, le bénéfice aux enfans de Charles Blondel;

» Le tribunal rejette la demande en cassation... ».

§. VII. *L'enfant d'un aîné mort avant les lois des* 15-28 *mars* 1790 *et* 8-13 *avril* 1791, *mais qui était lui-même marié ou veuf avec enfans à l'époque de la publication de ces lois, peut-il exercer dans les Successions ouvertes depuis, les droits d'ainesse et les avantages que ces deux lois conservaient aux aînés alors mariés ou veufs avec enfans?*

Du mariage de Charles-Amaury Gouyon-Marcé avec Françoise Boschier, étaient nés quatre enfans, Amaury, Jean-Amaury, Adélaïde et Emilie.

Amaury Gouyon, l'aîné de ces quatre enfans, est décédé le 18 septembre 1791; et c'était de sa Succession qu'il s'agissait dans l'affaire dont nous allons parler.

Avant lui, et dès 1785, était mort Jean-Amaury, son frère, laissant une fille (la dame Marcé), qu'il avait mariée en 1771, comme son aînée et principale héritière.

Adélaïde et Emilie étaient pareillement décédées, l'une avant lui, l'autre après, et toutes deux avaient laissé des enfans.

La Succession était ouverte dans la ci-devant Bretagne; et comme le défunt, son frère, ses sœurs et leurs enfans respectifs avaient appartenu, avant la révolution, à ce qu'on appelait alors l'ordre de la noblesse, il n'est point douteux que cette succession n'eût été sujette au *partage noble*, si elle eût pu être encore régie par la coutume.

Il n'est pas douteux par conséquent que, dans cette hypothèse, la dame Marcé, fille et représentante de Jean-Amaury, n'eût dû prendre, à elle seule, les deux tiers des biens de son oncle, tandis que les enfans d'Adélaïde et Emilie n'auraient eu droit tous ensemble qu'au tiers restant.

Mais, on l'a déjà dit, la Succession ne

Digitized by Google

s'était ouverte que le 18 septembre 1791, c'est-à-dire, long-temps après la publication de la loi du 8-13 avril précédent, et plus long-temps encore après celle du 15-28 mars 1790.

Cependant la dame Amaury a soutenu que ces lois ne devaient pas l'empêcher d'exercer sur la Succession, les droits et avantages que la coutume avait attribués à sa qualité d'héritière aînée.

« J'étais mariée (a-t-elle dit) avant la publication des lois des 15-28 mars 1790 et » 8-13 avril 1791. Je suis donc, à ce titre, » comprise dans l'exception par laquelle ces » lois elles-mêmes limitent la suppression » qu'elles prononcent du droit d'aînesse. Et » il n'importe que cette exception ait été » abrogée par la loi du 4 janvier 1793; car elle » ne l'a été que pour les Successions qui s'ouvriraient à l'avenir; et, encore une fois, » c'est le 18 septembre 1791 que s'est ouverte » la Succession d'Amaury Gouyon ».

Par arrêt du 29 germinal an 9, la cour d'appel de Rennes a rejeté la prétention de la dame Marcé, et a, en conséquence, ordonné le partage égal des biens d'Amaury Gouyon, entre les trois branches des descendans de son frère et de ses sœurs.

La dame Marcé s'est pourvue en cassation contre cet arrêt, et le 26 floréal an 11, au rapport de M. Lassaudade, la section civile, adoptant les conclusions de M. Pons, a prononcé en ces termes :

« Vu les art. 443, 444 et 445 de la coutume de la ci-devant Bretagne, l'art. 9 de la loi du 15-28 mars 1790, et l'art. 9 de la loi du 8-13 avril 1791;

» Considérant que la demanderesse en cassation n'a jamais été puinée dans l'ordre de la Succession dont il s'agit; que son père qu'elle représente, n'était point son co-héritier présomptif aîné; et qu'à titre de représentation, elle ne faisait avec son père qu'*una eademque persona;* d'où il suit que le jugement attaqué, en faisant à la demanderesse une fausse application de l'art. 9 de la loi du 8-13 avril 1791, a violé, à son égard, la disposition précise des art. 443, 444, 445 de la coutume de Bretagne, et celle de l'art. 9 de la loi du 15-28 mars 1790;

» Le tribunal casse et annulle. . . ».

§. VIII. *L'art. 77 de la loi du 17 nivôse an 2, en restreignant* dans la même ligne *le droit d'exclusion qu'il accordait à ceux qui descendaient de l'ascendant plus proche du défunt, avait-il entendu circonscrire l'exercice de ce droit dans* chaque ligne ou branche *d'héritiers, ou seulement le renfermer dans l'ensemble des branches formant* chaque ligne ou côté *paternel ou maternel du défunt? Ou, en d'autres termes, la refonte a-t-elle lieu dans les Successions collatérales ouvertes sous l'empire de la loi du 17 nivôse an 2?*

La cour de cassation ayant à prononcer sur cette question, en l'an 6, a cru devoir en référer au corps législatif par arrêt du 24 germinal.

Le conseil des cinq-cents l'a renvoyée à une commission qui, après l'avoir long-temps méditée, a proposé, par l'organe de M. Jaqueminot, un projet de résolution contraire au système de la refente.

Ce projet a été discuté par un grand nombre d'orateurs, qui l'ont alternativement appuyé et combattu.

Enfin, il a été rejeté par un arrêté *d'ordre du jour*, du 8 nivôse an 7.

Et le 18 germinal suivant, la cour de cassation a jugé la question en faveur de la refente.

Un arrêt semblable a été rendu par défaut le 18 messidor de la même année, en faveur de Jean-Baptiste François; mais le sieur Bourla et son épouse, au désavantage desquels il avait cassé un jugement du tribunal civil du département de la Lys, du 12 floréal an 6, y ayant formé opposition, la question a été examinée de nouveau; et le 12 brumaire an 9, après une plaidoirie très-contradictoire et un long délibéré, il est intervenu, au rapport de M. Basire, un arrêt par lequel,

« Attendu que la transmission des biens par Succession, quoique subordonnée aux lois positives, a toujours eu pour règle fondamentale, la présomption naturelle de l'affection du défunt en faveur de ses parens les plus proches; et que la loi du 17 nivôse elle-même a pris en considération cette présomption naturelle dans ses dispositions sur les différentes espèces de Successions;

» Attendu que la représentation n'est qu'une exception à cette règle fondamentale, et une fiction de la loi par laquelle le représentant remonte au degré de celui qu'il représente, pour succéder en son lieu et place, de la même manière qu'il ferait s'il était vivant, et eu égard à la proximité, ou, en cas de concurrence, à l'égalité de son degré avec le défunt;

» Que la seule différence qui existe entre la représentation *simple*, et la représentation *à l'infini*, consiste en ce que la représentation simple s'arrête en remontant à un degré dé-

Digitized by Google

terminé, tel que celui de frère du défunt, et en descendant au premier degré des descendans; au lieu qu'en vertu de la représentation à l'infini, tous les descendans d'un même auteur indéfiniment peuvent remonter indéfiniment jusqu'à cet auteur, soit oncle, grand-oncle, lorsque celui qu'ils représentent pourrait lui-même succéder par la proximité ou l'égalité de son degré, s'il vivait;

» Que la *fente*, ou division de la Succession collatérale en deux lignes, n'est elle-même qu'une exception à la règle fondamentale de cette matière, exception qui, loin d'être un effet et une conséquence nécessaire de la représentation à l'infini, exclud, au contraire, toute idée de représentation, par le *mur de séparation* qu'elle élève entre les lignes;

» Que la *refente*, qui serait une nouvelle exception, est encore moins une conséquence nécessaire de la *fente* et de la représentation à l'infini, mais une exception qui ne peut, ainsi que la *fente*, avoir lieu que comme un droit positif, établi par une disposition expresse;

» Qu'il résulte de ces principes que, pour admettre la *refente*, d'après la loi du 17 nivôse an 2, il faudrait trouver dans cette loi une disposition expresse qui l'eût autorisée entre les branches de la même ligne, comme elle a autorisé expressément la *fente* entre les deux lignes paternelle et maternelle; ou qu'il faudrait au moins y trouver des dispositions expresses qui donnassent à la représentation à l'infini, un caractère et un effet différens de ceux qui résultent de sa nature et de son objet;

» Que, quand il s'agit de fixer le sens d'une loi, il n'est plus permis aux magistrats de lui supposer un tel esprit ou une telle intention; que la volonté et l'intention de la loi ne peuvent résulter que de ses expressions et de ses dispositions littérales;

» Qu'aucune disposition de la loi du 17 nivôse ne présente la conséquence que le demandeur en a voulu faire résulter, et qu'il faudrait y trouver écrite; que tous les articles de cette loi, au contraire, résistent à ces conséquences, au lieu de les autoriser;

» Que l'art. 77, qui établit la représentation à l'infini, en détermine à l'instant même l'effet, en posant pour règle générale que *ceux qui descendent des ascendans* PLUS PROCHES *du défunt, excluent ceux qui descendent des ascendans* PLUS ÉLOIGNÉS *de la même ligne;*

» Que le mot *ligne*, appliqué à la Succession collatérale, ne désignant que la manière dont le collatéral est lié au défunt, et tout collatéral n'étant jamais lié à un défunt que de deux manières, ou par le père ou par la mère de ce défunt, il s'ensuit que le sens propre du mot *ligne* en cette matière, est d'indiquer uniquement le lien paternel, ou celui maternel; et que c'est forcer le sens naturel du terme, que de vouloir comprendre dans cette expression prise au singulier, non seulement les lignes paternelle et maternelle, mais encore les *branches* de chacune de ces lignes, branches qui ne sont que des ramifications ou divisions du lien paternel ou maternel, auxquelles on est obligé de donner les dénominations arbitraires de *lignes secondaires*, par opposition à la dénomination de *lignes principales*, que l'on donne aux deux premières;

» Que, si le mot *ligne* pouvait en lui-même présenter quelque équivoque, ce serait dans la loi qui l'emploie, qu'il faudrait chercher le sens dans lequel elle l'a employé, puisqu'il ne peut y avoir de meilleur dictionnaire de la loi, que la loi elle-même;

» Que l'art. 90 suffirait, à cet égard, pour lever tous les doutes; que cet article, qui n'est que le complément de tout le système de la représentation admise par la loi, et qui n'a pour objet que d'indiquer l'effet de la distinction des lignes qu'elle a établie dans l'art. 77, fixe évidemment le sens de ces mots, *de la même ligne*, lorsque la loi se contente d'appliquer cet effet de la distinction à la ligne paternelle et à la ligne maternelle en ces termes: *à défaut de parens de l'une des lignes paternelle ou maternelle, les parens de l'autre ligne succéderont pour le tout;* puisque, si les législateurs avaient eu, dans l'art. 77, l'intention, non seulement de diviser ces deux lignes, mais encore de diviser les branches de chacune de ces lignes, et de regarder ces branches comme autant de nouvelles lignes, ils auraient dû, et ils n'auraient pas manqué d'ajouter: *il en est de même à défaut des parens des aïeux et aïeules, des bisaïeux et bisaïeules, à l'égard desquels les parens de l'une ne peuvent succéder qu'à défaut des parens de l'autre;*

» Que, loin que les articles intermédiaires qui se trouvent entre les art. 77 et 90, puissent contredire la conséquence qui résulte de ces deux articles rapprochés, il suffit de les suivre avec quelque attention, pour connaître qu'ils ne peuvent que confirmer cette conséquence;

» Qu'en effet, tous ces articles intermédiaires ne sont que le développement de la règle générale posée dans l'art. 77, dont la loi fait l'application à divers exemples dans les-

Digitized by Google

quels elle ne fait que tirer la conséquence de l'exclusion ou de la vocation qui résultent de la loi ;

» Que, s'il s'agit, dans les art. 78, 79, 80 et 81, de faire l'application de l'exclusion à la règle de la distinction des lignes, la loi ne considère que la ligne du père et celle de la mère, et, dans chaque ligne, exclud toujours les descendans de l'ascendant le plus éloigné, par les descendans de l'ascendant le plus proche. Les descendans du *père*, dit la loi, art. 78, excluent tous les descendans des aïeul et aïeule *paternels ;* à défaut de descendans du *père*, les descendans des aïeul et aïeule *paternels* excluent tous les autres descendans des bisaïeul et bisaïeule *de la même ligne* (art. 79). Les art. 78 et 80 répètent la même chose pour les descendans de la *mère*, qui excluent ceux des aïeul et aïeule *maternels*, et pour les autres descendans des bisaïeul et bisaïeule de *la même ligne*, lesquels sont de même exclus par les descendans des aïeul et aïeule *maternels ;* l'art. 81 ne fait qu'étendre la même règle à tous les degrés supérieurs ;

» Que, s'il s'agit, dans les art. 83, 84, 85 et 86, d'expliquer la vocation et le mode de partage, la loi n'établit encore la division par moitié qu'entre les descendans du *père* ou de la *mère*, entre les descendans de l'aïeul et aïeule *paternels* ou *maternels*, pour attribuer aux uns *la portion paternelle*, et aux autres *la portion maternelle*, expressions qui ne désignent toujours que les deux lignes paternelle et maternelle, et qui ne partagent jamais la portion paternelle ou maternelle, qu'entre des branches en égal degré ;

» Que c'est par suite de cette exclusion, toujours restreinte aux degrés inégaux, et de cette vocation commune, restreinte aux branches égales, que l'art. 82 ne partage la Succession qu'en autant de parties *qu'il y a de branches appelées à la recueillir;* que l'art. 88 ne partage en parties égales, que dans la *subdivision de chaque branche entre les enfans d'un même chef ;* que ces deux articles forment une nouvelle preuve que la loi n'a pas compris les branches sous le mot *ligne*, puisqu'il est impossible de supposer que la même loi ait employé ces deux mots différens, *ligne* et *branche*, pour signifier la même chose ; puisqu'il est évident que la loi n'emploie ici le mot *branche*, que dans sa signification propre ;

» Que l'équivoque qui a été élevée sur la seconde partie de l'art. 86, ne peut jamais contrebalancer les décisions positives qui résultent, non seulement des art. 77 et 90 réunis, mais encore des autres articles qui précèdent le 86e ; que tout le monde convient qu'il y a déjà un premier vice de rédaction dans cet article, où il faut suppléer dans la première partie, après ces mots, *n'a pas laissé*, ceux-ci, *d'héritiers descendans d'aïeul ou d'aïeule ;* et qu'on ne peut jamais prendre dans cet article le mot *ou*, dans le sens disjonctif, quand on considère qu'il a pour corrélatif l'art. 79 qui exclud collectivement les *descendans des bisaïeul et bisaïeule*, par les descendans des *aïeul* ET *aïeule ;*

» Que ce qui achève de repousser l'opinion favorable à la refente, est l'impossibilité où l'on se trouverait d'appliquer, dans ce système, l'une des dispositions de l'art. 76, ainsi conçue : *Ils* (les collatéraux) *succèdent même au préjudice de ses ascendans* (des ascendans du défunt), *lorsqu'ils descendent d'eux ou d'autres ascendans au même degré ;*

» Il a été clairement décidé par l'art. 51 de la loi du 22 ventôse an 2 et par l'art. 11 de celle du 9 fructidor suivant, que ces mots qui terminent l'art. 76, *ou d'autres ascendans au même degré*, ne pouvaient s'appliquer au cas où l'ascendant dont ne descend pas le collatéral et que ce dernier veut exclure, comme étant au même degré que celui dont il descend, appartenait à une ligne différente ;

» Cette décision des lois des 22 ventôse et 9 fructidor an 2 est fondée sur ce principe, que la loi du 17 nivôse avait établi une telle séparation entre la ligne paternelle et la ligne maternelle, que les parens de l'une de ces lignes ne pouvaient succéder aux parens de l'autre, qu'à défaut de parens dans cette dernière, soit ascendans, soit collatéraux ;

» Si, conformément au système du demandeur, la loi avait établi entre les branches ou lignes secondaires de la même ligne paternelle ou maternelle, la même séparation qu'elle a établie entre ces deux lignes principales, il suivrait de la décision portée par les lois des 22 ventôse et 9 fructidor, qu'au moyen de cette séparation, qui, d'après les vues supposées à la loi, devrait produire dans l'un et l'autre cas, les mêmes conséquences et les mêmes effets, jamais les parens d'une branche ou ligne secondaire ne pourraient succéder à la portion attribuée à une branche ou ligne secondaire, qu'à défaut absolu de parens dans celle-ci ; car il est physiquement impossible, dans cette hypothèse, de trouver un cas où le collatéral, qui exclud l'ascendant dont il descend, pût exclure un autre ascendant dont il ne descend point; parcequ'on trouvera toujours à chaque degré supérieur de l'ascendant, des branches ou lignes secondaires divergentes, et aussi étrangères l'une

Digitized by Google

à l'autre, que le sont au premier degré les lignes paternelle et maternelle; et que, dès-lors, la moitié déférée par la loi à la ligne paternelle, devant se diviser entre la branche ou ligne secondaire de l'aïeul et celle de l'aïeule dans cette ligne paternelle, cette refente établira une telle séparation entre ces deux branches ou lignes secondaires, que les parens de la branche ou ligne secondaire de l'aïeul ne pourront succéder à la portion exclusivement attribuée à la branche ou ligne secondaire de l'aïeule, qu'à défaut absolu de parens dans cette dernière branche ou ligne secondaire; puisque le même principe, d'après lequel les lois de ventôse et fructidor an 2 ont rejeté l'application de ces mots qui terminent l'art. 76, *ou autres ascendans au même degré*, dans le cas où l'ascendant et le collatéral ne sont pas de la même ligne, s'opposerait à l'application de ces mêmes mots dans le cas où l'ascendant et le collatéral ne seraient pas de la même branche ou ligne secondaire; d'où il suit, comme il est dit plus haut, que, dans le système de la refente, l'art. 76 ne pourrait jamais recevoir d'application; et qu'ainsi, il faudrait rayer de cet art. 76, ces mots, *ou autres ascendans au même degré;* ce qui est légalement impossible, tant que la disposition qu'ils expriment, n'est pas rapportée;

» Qu'enfin, étant obligé d'opter entre l'une ou l'autre des deux interprétations que l'on prétend donner aux art. 77 et suivans de la loi du 17 nivôse, il serait contraire aux principes d'admettre celle de ces deux interprétations qui est inconciliable avec l'art. 76 de la même loi, et de rejeter l'interprétation avec laquelle cet art. 76 se concilie parfaitement;

» Par ces motifs, le tribunal rejette la demande de Jean-Baptiste François.....»;

Peu de temps avant cet arrêt, la question s'était aussi présentée à la section des requêtes, sur la demande en cassation formée par Marie-Françoise Lecacheux et consorts, contre un jugement du tribunal civil du département de la Seine-inférieure, du 3 thermidor an 7, qui avait décidé en faveur de la refente. La section des requêtes avait été partagée, le 11 vendémiaire an 9; et le 5 frimaire suivant, cinq nouveaux juges ont été appelés pour vider le partage. Après un rapport fait par M. Vasse, avec le même soin et le même développement que si la question eût encore été indécise, j'ai dit:

« La question sur laquelle vous avez à prononcer en ce moment, occupe depuis plusieurs années les jurisconsultes et les magistrats; elle a divisé le tribunal de cassation lui-même, qui l'a jugée deux fois en sens contraire; et vous êtes aujourd'hui appelés, soit à confirmer définitivement le parti qu'il a pris par le premier de ses jugemens, soit à préparer la voie à un troisième jugement confirmatif du second.

» Dans le fait, Marie-Josephe Calais est décédée au Hâvre, le 5 floréal an 3. Comme elle ne laissait point d'héritiers en ligne directe, sa Succession s'est d'abord partagée en deux portions égales, l'une pour la ligne paternelle, l'autre pour la ligne maternelle. Ainsi le prescrivait l'art. 83 de la loi du 17 nivôse an 2.

» Il a fallu ensuite partager chacune de ces portions dans la ligne à laquelle la loi la déférait; et à cet égard, nulle espèce de contestation entre les héritiers de la ligne paternelle.

» Mais dans la ligne maternelle, une difficulté majeure s'est élevée. Comme il n'existait point de descendans de la mère de la défunte, il a fallu remonter plus haut, et rechercher s'il y avait des descendans de son aïeul et de son aïeule maternels. Il ne s'en est point trouvé; il a donc fallu remonter jusqu'à leurs bisaïeux dans la même ligne, et là se sont rencontrées Marie-Françoise, Marie-Anne-Françoise, et Marie-Anne Lecacheux, petites-filles de Jacques Lecacheux, bisaïeul maternel de la défunte. A ce titre, elles paraissaient avoir le droit exclusif de prendre, dans la Succession dont il s'agissait, la moitié déférée à la ligne maternelle. En effet, il n'y avait point d'autres descendans qu'elles, soit de Jacques Lecacheux et sa femme, soit d'autres ascendans du même degré; et, dès-là, elles ne pouvaient avoir de concurrence à craindre que de la part des descendans, soit d'un bisaïeul, soit d'un ascendant encore plus éloigné de Marie-Josephe Calais; or, cette concurrence, comment auraient-elles pu la redouter, tandis que, par les art. 80 et 81 de la loi du 17 nivôse an 2, les descendans du trisaïeul maternel sont exclus par les descendans du bisaïeul, comme les descendans du bisaïeul le sont par les descendans de l'aïeul, comme les descendans de l'aïeul le sont par ceux de la mère? Cependant, Anne-Thérèse Hérouard, descendante de Denis Quetteville, trisaïeul paternel de la défunte, est venue se présenter pour concourir avec les citoyennes Lecacheux, et prendre à elle seule la moitié de ce que les citoyennes Lecacheux croyaient ne devoir partager qu'entre elles trois. Elle a prétendu que la partie de la Succession attribuée à la ligne maternelle, devait re-

Digitized by Google

monter fictivement jusqu'à Denis-François Quetteville et Marie-Françoise Lecacheux, grand-père et grand'mère maternels; que, si ceux-ci eussent existé, ils auraient eu droit de la recueillir chacun pour moitié; qu'ainsi, il devait s'opérer, dans leur degré, une subdivision semblable à celle qui s'était faite entre la ligne du père et la ligne de la mère de la défunte; et que l'effet de cette subdivision était d'attribuer à la branche du grand-père maternel et à celle de la grand'mère maternelle, à l'exclusion l'une de l'autre, et sans considération entre elles de la proximité, une moitié chacune dans la moitié à recueillir.

» Ce système a été adopté par un jugement du tribunal civil du département de la Seine-inférieure, du 3 thermidor an 7, confirmatif d'une décision arbitrale du 24 pluviôse de la même année.

» Les citoyennes Lecacheux demandent la cassation de ce jugement; et c'est en délibérant sur leur recours, le 11 vendémiaire dernier, qu'est intervenu, à la section des requêtes, le partage qu'il s'agit aujourd'hui de vider.

» Nous ne nous arrêterons pas à l'examen de la régularité du recours en cassation: outre qu'elle est par elle-même assez manifeste, il est bien constant que ce n'est point là-dessus que les opinions se sont divisées dans la section des requêtes; nous aborderons donc tout de suite la question majeure, l'unique question sur laquelle il nous paraît que vous ayez à délibérer en ce moment, celle de savoir si le jugement attaqué contrevient ou non à la loi du 17 nivôse an 2.

» Ce jugement est motivé, d'abord, sur les art. 85, 86 et 87 de la loi du 17 nivôse elle-même, qui portent :

» *Si le défunt n'a pas laissé d'héritiers descendans de sa mère, la portion de sa mère sera partagée entre les descendans de l'aïeul paternel et ceux de l'aïeule maternelle.*

» *Il en sera de même si le défunt n'a pas laissé d'aïeul ou d'aïeule, soit dans l'une, soit dans l'autre branche; les descendans du bisaïeul et ceux de la bisaïeule prendront chacun une moitié dans la portion qui aurait appartenu à l'aïeul ou à l'aïeule.*

» *Il en sera de même encore pour les descendans des degrés supérieurs, lorsque le bisaïeul ou la bisaïeule n'auront pas laissé de descendans.*

» Tels sont les textes qui forment le premier motif du jugement attaqué; et sans doute, il n'est pas facile de deviner comment le tribunal de la Seine-inférieure a pu conclure, contre la disposition précise et formelle des art. 77, 80 et 81, que la descendante d'un trisaïeul de la défunte dût concourir avec les descendantes de son bisaïeul.

» Rien, en effet, de plus positif que les art. 77, 80 et 81 :

» *La représentation a lieu jusqu'à l'infini, en ligne collatérale. Ceux qui descendent des ascendans les plus proches du défunt, excluent ceux qui descendent des ascendans plus éloignés de la même ligne.*

» *A défaut de descendans de la mère, les descendans des aïeul et aïeule maternels excluent tous les autres descendans des bisaïeux et bisaïeules de la même ligne.*

» *La même exclusion a lieu en faveur des descendans des bisaïeux et bisaïeules ou ascendans supérieurs, contre ceux des ascendans d'un degré plus éloigné dans la même ligne.*

» Il résulte bien clairement de ces trois articles, que les descendans du trisaïeul sont exclus par les descendans du bisaïeul; or, c'est d'un trisaïeul de la défunte que descend la citoyenne Hérouard, tandis que les citoyennes Lecacheux descendent d'un de ses bisaïeux; les citoyennes Lecacheux sont donc appelées par ces articles, à l'exclusion de la citoyenne Hérouard.

» Que peuvent contre ce raisonnement, les art. 85, 86 et 87, invoqués par le tribunal de la Seine-inférieure? Pour bien entendre ces articles, il faut les lier avec les trois précédens; car ils ne forment tous six qu'un ensemble destiné à régler le mode de partage de chaque moitié des Successions collatérales *entre les descendans d'ascendans du même degré.*

» L'art. 82 commence par établir que, par l'effet de la représentation à l'infini, les représentans entrent dans le degré, dans la place et dans tous les droits du représenté; que la Succession se divise en autant de parties qu'il y a de branches appelées à la recueillir, et que la subdivision se fait de la même manière entre ceux qui en font partie.

» De ce principe, l'art. 83 tire la conséquence suivante : *Si donc les héritiers du défunt descendent, les uns de son père, les autres de sa mère, une moitié de la Succession est attribuée aux héritiers paternels, et l'autre moitié aux héritiers maternels.* Ainsi, voilà chaque Succession collatérale assujétie à ce qu'on appelle la *fente en deux lignes;* la loi en fait deux parts : elle en assigne une aux parens du côté du père, et l'autre aux parens du côté de la mère.

» L'art. 84 ajoute : *Si le défunt n'a pas*

Digitized by Google

laissé d'héritiers de son père, la portion paternelle sera attribuée, pour une moitié, aux descendans de l'aïeul paternel, et pour une autre, aux descendans de l'aïeule maternelle.

» Et l'art. 85 continue, en disant que, *si le défunt n'a pas laissé d'héritiers descendans de sa mère, la portion de sa mère sera pareillement partagée entre les descendans de l'aïeul maternel, et ceux de l'aïeule maternelle.* Ce n'est là, comme vous le voyez, que l'application du principe établi par les art. 77, 78, 79, 80 et 81, que, soit dans la ligne paternelle, soit dans la ligne maternelle, le descendant de l'ascendant le plus proche exclud toujours le descendant de l'ascendant plus éloigné; et certes, ce principe n'est pas facile à concilier avec le système adopté par le tribunal de la Seine-inférieure.

» Vient ensuite l'art. 86, qui déclare que, *si le défunt n'a pas laissé d'aïeul ou d'aïeule, soit dans l'une, soit dans l'autre branche, les descendans du bisaïeul et ceux de la bisaïeule prendront chacun une moitié dans la portion qui aurait appartenu à l'aïeul ou à l'aïeule.* Là-dessus deux observations.

» D'abord, il est généralement reconnu qu'il y a, dans cet article, une omission essentielle, et qu'il faut lire, non pas comme le porte le texte littéral, *si le défunt n'a pas laissé d'aïeul ou d'aïeule,* mais *si le défunt n'a pas laissé d'héritiers descendans d'aïeul ou d'aïeule.* Autrement, en effet, cet article n'aurait plus, avec ceux qui le précèdent et celui qui le suit immédiatement, la liaison que le législateur a évidemment voulu établir; et puis, il est hors de doute que, dans ce même article, l'objet du législateur n'est pas de régler ce qui doit avoir lieu dans le cas où le défunt n'a laissé ni aïeul ni aïeule, puisqu'il l'a fait par l'art. 71, mais bien de régler ce qui doit avoir lieu dans le cas où, parmi les parens du défunt, il n'en existe point qui descendent, soit de son grand-père, soit de sa grand'mère.

» Ensuite, que signifient, dans le même article, ces mots, *soit dans l'une, soit dans l'autre branche?* Pour bien les entendre, il faut se reporter aux deux articles précédens, c'est-à-dire, aux art. 84 et 85.

» Le premier, comme nous l'avons vu, décide que, si le défunt n'a pas laissé d'héritiers descendans de son père, la moitié de sa Succession attribuée à ses parens du côté de celui-ci, appartiendra pour une moitié aux descendans de l'aïeul paternel, et pour l'autre aux descendans de l'aïeule paternelle.

» Le second prescrit le même ordre de succéder entre les parens maternels, dans le cas où il n'existe pareillement point de descendans de la mère: la portion maternelle doit alors être partagée entre les descendans de l'aïeul maternel et ceux de l'aïeule maternelle.

» Il était naturel, après cela, il était même nécessaire de prévoir le cas où il n'existerait point, dans l'hypothèse de l'art. 84, de descendans de l'aïeul paternel ou de l'aïeule paternelle; et dans l'hypothèse de l'art. 85, de descendans de l'aïeul maternel ou de l'aïeule maternelle.

» C'est à régler ce cas qu'est appelé l'art. 86.

» Il aurait pu le régler en divisant sa disposition en deux paragraphes, l'un pour le cas d'inexistence de descendans des aïeux paternels, l'autre pour le cas d'inexistence de descendans des aïeux maternels; et alors il aurait dit:

» §. 1. *Si le défunt n'a pas laissé d'héritiers descendans de son aïeul ou de son aïeule paternels, les descendans du bisaïeul et ceux de la bisaïeule paternels, prendront chacun une moitié dans la portion attribuée à la ligne paternelle.*

» §. 2. *Pareillement si le défunt n'a pas laissé d'héritiers descendans de son aïeul ou de son aïeule maternels, les descendans du bisaïeul et ceux de la bisaïeule maternels prendront chacun une moitié dans la portion attribuée à la ligne maternelle.*

» Mais au lieu de développer ainsi la disposition qu'il avait en vue et qui n'était que le corollaire immédiat et nécessaire des deux articles précédens, le législateur a cru devoir économiser les mots, et il a dit simplement: *Il en sera de même, si le défunt n'a pas laissé d'héritiers descendans de l'aïeul ou de l'aïeule, soit de l'une, soit de l'autre branche.*

» Ces termes se rapportent évidemment, il est même impossible de ne pas les faire rapporter, aux deux articles qui précèdent; et puisque de ces deux articles, l'un règle le cas où il n'existe point d'héritiers descendans du père, l'autre le cas où il n'existe point d'héritiers descendans de la mère; puisque le premier, à défaut d'héritiers descendans du père, appelle les héritiers descendans des aïeux paternels, et que le second, à défaut d'héritiers descendans de la mère, appelle les héritiers descendans des aïeux maternels, il est clair que l'art. 86 n'a eu et n'a pu avoir, en s'exprimant comme il l'a fait, d'autre intention que d'appliquer au cas d'inexistence de descendans des aïeuls paternels, la même règle que l'art. 84 avait établie pour le cas d'inexistence du père; et au cas d'inexistence

Digitized by Google

de descendans des aïeux maternels, la même règle que l'art. 85 avait établie pour le cas d'inexistence de descendans de la mère; il est clair, en un mot, que l'art. 86 n'a voulu qu'une chose: c'est que les descendans des bisaïeux paternels doivent succéder à défaut des descendans des aïeux paternels, comme les descendans des aïeux paternels succèdent à défaut des descendans du père; et que les descendans des bisaïeux maternels doivent succéder à défaut des descendans des aïeux maternels comme les descendans des aïeux maternels succèdent à défaut des descendans de la mère.

» Ainsi, les termes de cet article, *soit dans l'une, soit dans l'autre branche*, répondent à ceux-ci, *soit dans la ligne paternelle, soit dans la ligne maternelle;* et le sens qui en résulte, en les combinant avec les autres termes du même article, est qu'à défaut de descendans de l'aïeul paternel *ou* de l'aïeule paternelle, la descendance du bisaïeul paternel et celle de la bisaïeule paternelle sont appelées chacune à la moitié de la portion paternelle; comme à défaut de descendans de l'aïeul maternel *ou* de l'aïeule maternelle, la descendance du bisaïeul maternel et celle de la bisaïeule maternelle sont appelées chacune à la moitié de la portion maternelle.

» Or, cet article ainsi expliqué, et il est impossible qu'il le soit autrement, quelle est la conséquence qui en résulte? C'est que les descendans des bisaïeux paternels ne sont appelés qu'à défaut de la descendance de l'aïeul paternel *ou* de l'aïeule paternelle; c'est aussi que les descendans des bisaïeux maternels ne sont appelés qu'à défaut de la descendance de l'aïeul maternel *ou* de l'aïeule maternelle; c'est, par une suite nécessaire, que, tant qu'il y a des descendans de l'aïeul paternel *ou* de l'aïeule paternelle, il n'y a rien à réclamer pour les descendans des bisaïeux paternels; comme il n'y a rien à réclamer pour les descendans des bisaïeux maternels, tant qu'il y a des descendans de l'aïeul maternel *ou* de l'aïeule maternelle; c'est, par une suite ultérieure et non moins évidente de l'alternative *ou* employée par la loi, qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait des descendans, soit de l'aïeul paternel et tout à la fois de l'aïeule paternelle, mais seulement de l'un deux, pour fermer la porte aux descendans des bisaïeux paternels, soit de l'aïeul maternel et tout à la fois de l'aïeule maternelle, mais seulement de l'un des deux, pour fermer la porte aux descendans des bisaïeux maternels; c'est, en un mot, que l'art. 86 n'est, en d'autres termes, que la répétition, ou, si l'on veut, l'application du principe posé par les art. 77, 78, 80 et 81, que les descendans d'un ascendant moins éloigné succèdent toujours à l'exclusion de la descendance des ascendans supérieurs; c'est enfin que l'art. 86 ne justifie pas et qu'il détruit, au contraire, le système adopté par le jugement qu'attaquent les demanderesses.

» L'art. 87 ne dit rien de plus que l'art. 86: il ne fait qu'adapter la disposition de celui-ci aux *descendans des degrés supérieurs, lorsque le bisaïeul* ou *la bisaïeule n'ont pas laissé de descendans* : et vous remarquez qu'il emploie également l'alternative *ou : le bisaïeul* ou *la bisaïeule*. Il confirme donc le principe que la descendance de l'un des deux suffit pour exclure la descendance, soit des trisaïeux, soit des ascendans plus éloignés encore.

» Or, encore une fois, les demanderesses descendent d'un bisaïeul de Marie-Josephe Calais; la cit. Hérouard, au contraire, ne descend que d'un de ses trisaïeux: la cit. Hérouard est donc exclue par les demanderesses.

» Mais, dit le tribunal de la Seine-inférieure, et c'est ici son motif, ce n'est que *dans la même ligne*, aux termes de l'art. 81, que les descendans d'un bisaïeul excluent les descendans d'un trisaïeul; or, la ligne *Lecacheux* et la ligne *Quetteville* ne sont pas la même; on ne peut donc pas appliquer à la ligne *Quetteville*, l'exclusion que l'art. 81 ne prononce, en faveur des demanderesses, que relativement à la ligne *Lecacheux*.

» Ainsi, suivant le tribunal de la Seine-inférieure, le mot *ligne*, dans la loi du 17 nivôse an 2, ne s'entend pas seulement d'une suite de parens, soit du côté paternel, soit du côté maternel; outre les deux lignes de parens qu'elle suppose à chaque défunt, l'une du chef de son père, l'autre du chef de sa mère, elle reconnaît encore des lignes secondaires.

» Mais que de raisons s'élèvent contre cette extension arbitraire du texte de la loi!

» 1° La fente des biens en deux lignes forme une exception à la règle générale par laquelle la loi appelle les collatéraux les plus proches du chef de ceux qu'ils représentent; elle confirme par conséquent cette règle hors le cas précisément excepté: *exceptio firmat regulam in casibus non exceptis;* et certainement, c'en est déjà assez pour qu'il ne soit pas permis d'étendre cette exception d'un cas exprimé à un cas non exprimé.

» 2° Ordonner la division des biens d'un défunt en deux lignes, l'une du père, l'autre de la mère, ce n'est pas l'ordonner en quatre

Digitized by Google

lignes, savoir: la première, la ligne de son père; la seconde, la ligne de sa mère; la troisième, la ligne de sa grand'mère paternelle; et la quatrième, la ligne de sa grand'-mère maternelle; et ainsi de suite d'ascendans en ascendans jusqu'à l'infini.

» 3° Si la loi eût voulu admettre cette subdivision, elle ne se serait pas bornée à dire que la Succession se partage en deux lignes; elle aurait ajouté, comme la coutume de Bretagne l'avait fait, art. 593: *et pour ce que la ligne vient de plusieurs ramages, les biens doivent être répartis à chacun ramage;* or, la loi n'a rien dit de semblable; et cependant ni la disposition de la coutume de Bretagne, ni la manière dont elle l'exprime, n'étaient inconnues aux rédacteurs de la loi.

» 4° La loi n'aurait pas pu adopter la subdivision qui avait été introduite par la coutume de Bretagne, sans contredire, de la manière la plus choquante, ses propres dispositions.

» Pour ne pas trop nous étendre à cet égard, bornons-nous à citer les art. 70 et 72. L'art. 70 porte qu'à *défaut des pères et mères, les aïeuls et aïeules ou les survivans d'entre eux succèdent, s'il n'y a pas de descendans de quelqu'un d'entre eux.* Et l'art. 72 ajoute que, *dans tous les cas, les ascendans sont toujours exclus par les héritiers collatéraux qui descendent d'eux ou d'autres ascendans au même degré.*

» Supposons, d'après le premier de ces articles, que Marie-Françoise Lecacheux, aïeule maternelle de la défunte, vive encore: bien sûrement elle excluera Anne-Thérèse Hérouard, puisque celle-ci ne descend, ni d'elle, ni d'un autre ascendant au même degré; cependant, Anne-Thérèse Hérouard est étrangère à la prétendue ligne *Lecacheux;* ainsi, la prétendue ligne *Lecacheux* prendra à elle seule la totalité de la portion maternelle de la Succession, elle la prendra nonobstant l'existence d'un individu de la prétendue ligne *Quetteville;* et certes, rien n'est plus opposé à l'idée que la loi attache partout au mot *ligne;* car partout où elle emploie ce mot, c'est pour désigner une classe d'héritiers qui ne peut pas être exclue par une autre, et dont la portion ne peut-être dévolue à celle-ci, que par l'entière extinction de tous les individus qui composent celle-là.

» Mais poussons plus loin notre hypothèse: supposons que Marie-Anne Lefebvre, épouse de Jacques Lecacheux, et par conséquent, bisaïeule maternelle de la défunte, soit encore vivante en ce moment: supposons encore qu'il ne reste personne de sa descendance; certainement elle emportera seule la totalité de la portion maternelle de la Succession; et la citoyenne Hérouard, quoique descendante de Denis Quetteville, trisaïeul maternel de la défunte, n'aura rien à y prétendre, puisque l'ascendant vivant exclud toujours les descendans d'un autre ascendant plus éloigné; voilà donc encore un cas où la prétendue ligne *Quetteville* verra un individu qui lui est étranger, envahir en sa présence la totalité d'une Succession.

» Mais ce n'est pas tout. Si, avec la supposition que nous venons de faire de l'existence actuelle de Marie-Anne Lefebvre, épouse de Jacques Lecacheux, nous faisons concourir le fait de la co-existence des citoyennes Lecacheux, ses petites-filles, qu'arrivera-t-il? Les citoyennes Lecacheux excluront leur grand'-mère, en vertu de la règle établie par l'art. 72; elles excluront donc aussi la citoyenne Hérouard, d'après la maxime, *si vinco vincentem te, à fortiori te vinco;* or, dès qu'il en serait ainsi dans le cas de l'existence actuelle de leur grand'mère, pourquoi n'en serait-il pas de même dans le cas où leur grand'mère n'existe plus? Ne la *représentent-ils* pas, dans toute l'énergie, dans toute l'étendue de ce mot? Et la loi elle-même ne dit-elle pas que, *par l'effet de la représentation, les représentans entrent dans la place, dans le degré* ET DANS TOUS LES DROITS *du représenté?*

» Mais chose étrange! La représentation, qui fournit aux citoyennes Lecacheux une arme si puissante, si victorieuse, est précisément ce que le tribunal de la Seine-inférieure leur oppose pour troisième motif de sa décision.

» Par l'art. 77, dit ce tribunal, la représentation ayant lieu à l'infini en ligne collatérale, il s'ensuit que la citoyenne Hérouard représente *Denis-François Quetteville, aïeul maternel;* qu'elle entre dans sa place, dans son degré et dans tous ses droits; et conséquemment qu'elle doit recueillir le quart qui lui eût appartenu dans la portion maternelle de la Succession dont il s'agit.

» A la lecture de cette partie du jugement attaqué, on croirait que la cit. Hérouard descend de ce *Denis-François Quetteville;* mais point du tout, elle descend de l'aïeul de celui-ci, c'est-à-dire, de *Denis Quetteville,* trisaïeul de la défunte. Or, comment le tribunal de la Seine-inférieure a-t-il pu dire que la citoyenne Hérouard représentait un individu dont elle ne descend pas? C'est la première fois, sans doute, qu'on a porté aussi loin l'oubli de tous les principes.

» Qu'est-ce, en effet, que la représenta-

Digitized by Google

tion, si ce n'est le principe en vertu duquel le descendant prend la place de son ascendant décédé, et en exerce tous les droits?

» Ouvrez tous les auteurs qui ont écrit sur la représentation, vous n'en trouverez pas un seul qui attache à ce mot une autre idée.

» Loysel en a même fait une des maximes de notre droit coutumier : où *représentation a lieu infiniment*, dit-il, *ce qui échet au père échet au fils.*

» Guyné, dans son *Traité de la représentation*, ne cesse de répéter que l'avantage de la représentation à l'infini ne consiste *qu'à donner aux héritiers de chaque ligne, le droit d'aller en remontant chercher le chef et l'origine de sa ligne jusqu'au lieu où elle a fourché la dernière fois, pour exercer tous ses droits.*

» Et c'est ce qu'a exprimé Duplessis, d'une manière encore plus énergique, en disant qu'au cas de la représentation, *l'on succède du chef de l'ascendant au temps de la souche, et que la subdivision de ce qu'on a pris en vertu de son droit, se fait entre les représentans par réflexion à lui, comme d'un bien de la souche.*

» Mais qu'est-il besoin de recourir aux auteurs pour déterminer le sens du mot *représentation?* La loi du 17 nivôse an 2 a pris soin elle-même de l'expliquer.

» Après avoir établi les règles de la représentation, pour les différens cas qui font l'objet des art. 83 à 87, elle ajoute, art. 88 : *Ces règles de représentation seront suivies dans la subdivision de chaque branche. On partagera d'abord la portion qui est attribuée à chacune, en autant de parties égales que* LE CHEF DE CETTE BRANCHE *aura laissé d'enfans.* C'est donc le *chef* de la branche que représentent ceux qui en descendent.

» L'art. 89 n'est pas moins positif : *La loi n'accorde aucun privilége au double lien; mais si des parens collatéraux* DESCENDENT *tout à la fois des* AUTEURS *de plusieurs branches appelées à la Succession, ils recueilleront cumulativement la portion à laquelle ils sont appelés dans chaque branche.* La représentation ne consiste donc qu'à prendre la place et à exercer les droits *des auteurs* dont on *descend.*

» L'art. 50 du décret du 22 ventôse an 2 est encore plus formel. Une pétition avait été présentée à la Convention nationale, pour qu'il fût déclaré si, dans les partages des Successions collatérales, en cas de décès de tous les héritiers du premier degré, ceux du deuxième succéderaient toujours *par représentation de leurs auteurs.* Et l'article cité répond *que les règles ont paru devoir être communes en ligne directe et collatérale, et qu'il a semblé plus simple et plus moral qu'en tous genres de Successions et sans égard à des prédécès, l'on suivît toujours la condition de* SON AUTEUR, *en venant par représentation là où cet auteur vivant eût été le premier successible; qu'au surplus, ne s'agissant ici que de l'interprétation de la loi du 17 nivôse, ses divers articles combinés ne laissent aucun doute sur ce point.*

» C'est donc en oubliant, ou plutôt en méprisant, et les principes élémentaires qui constituent l'essence de la représentation, et les dispositions de la loi qui ont consacré ces principes, que le tribunal de la Seine-inférieure s'est permis de dire que la citoyenne Hérouard représentait, non pas son bisaïeul Denis Quetteville, mais Denis-François Quetteville, *son cousin au cinquième degré;* et encore une fois, jamais une idée aussi bizarre n'a été consignée dans un jugement.

» Le tribunal de la Seine-inférieure aurait parlé le véritable langage de la loi, s'il eût dit que la citoyenne Hérouard représentait Denis Quetteville, son bisaïeul et troisième aïeul de la défunte.

» Mais il a bien senti qu'en faisant cet aveu, il se serait mis en contradiction avec son système de *resente.* Rien, en effet, de plus péremptoire contre ce système, que les règles de représentation établies par la loi.

» Nous l'avons déjà dit, l'art. 82 met en principe général, et il n'en excepte absolument aucun cas, que, *par l'effet de la représentation, les représentans entrent dans la place, dans le degré et dans les droits du représenté.*

» Il faut donc ici procéder entre les citoyennes Lecacheux et la citoyenne Hérouard, comme si les personnes qu'elles représentent respectivement, vivaient encore. La lumière du jour n'est pas plus claire que cette vérité.

» Or, quelles sont les personnes que représentent les citoyennes Lecacheux, ou, ce qui est la même chose, quelles sont les personnes auxquelles elles doivent remonter, pour prouver la source de leur parenté avec la défunte? Ce sont Jacques Lecacheux et sa femme, leur grand-père et grand'mère.

» Quelles sont, d'un autre côté, les personnes que représente la citoyenne Hérouard, ou, ce qui est la même chose, quelles sont les personnes auxquelles elle doit remonter, pour trouver la source de sa parenté avec la défunte? Ce sont Denis Quetteville et sa femme, ses bisaïeux.

Digitized by Google

» Eh bien ! Supposons Jacques Lecacheux et sa femme, d'une part, Denis Quetteville et sa femme, de l'autre, encore vivans : supposons qu'ils se disputent la portion maternelle de la Succession de Marie Josephe Calais ; à qui cette portion sera-t-elle adjugée? Ce sera certainement à Jacques Lecacheux et à sa femme, puisqu'ils sont bisaïeux de la défunte; et par conséquent d'un degré plus proche que Denis Quetteville et sa femme, ses trisaïeux. L'art. 70 de la loi veut, en effet, qu'*à défaut d'aïeuls ou aïeules, les ascendans supérieurs soient appelés à la Succession, suivant la proximité du degré.*

» Le moyen, après cela, d'admettre la prétention de la citoyenne Hérouard? Elle représente des personnes qui seraient exclues par Jacques Lecacheux et sa femme; elle ne peut donc pas ne pas être exclue elle-même par les représentans de ceux-ci, c'est-à-dire, par les citoyennes Lecacheux, qui sont à la place de Jacques Lecacheux et de sa femme, qui entrent dans leur degré, qui exercent tous leurs droits.

» Cette seule réflexion est, comme nous l'avons dit, péremptoire contre le système de la *refente*. Nous pourrions en ajouter beaucoup d'autres qui ne le sont pas moins; nous pourrions surtout invoquer les motifs aussi lumineux que tranchans sur lesquels est basé le jugement de la section civile, du 12 brumaire dernier; mais où l'évidence paraît dans tout son jour, les détails sont inutiles : nous en avons dit beaucoup plus qu'il n'en faut pour vous convaincre de la nécessité de proscrire une opinion aussi contraire au texte et à l'esprit de la loi, que subversive du repos des familles et de la stabilité des propriétés; nous n'en dirions jamais assez pour développer tous les raisonnemens qui s'opposent à son adoption.

» Nous estimons qu'il y a lieu d'admettre la requête des demanderesses ».

Sur ces conclusions, arrêt du 5 frimaire an 9, qui, en effet, admet le recours de Marie-Françoise Lecacheux et consorts; et l'affaire portée en conséquence à la section civile, arrêt contradictoire, le 13 floréal an 10, au rapport de M. Basire, par lequel,

« Vu l'art. 77 de la loi du 17 nivôse an 2...;

» Et attendu que tous les collatéraux qui descendent d'ascendans maternels d'un défunt, quoique ces ascendans soient de diverses branches, sont cependant de la même ligne respectivement au défunt, c'est-à-dire, de la ligne maternelle;

» Attendu qu'on ne peut dire que ces collatéraux soient de lignes différentes, que lorsqu'on les considère entre eux, mais non pas lorsqu'on les considère respectivement au défunt, par rapport auquel ils sont tous dans la ligne maternelle;

» Attendu que ces mêmes collatéraux ne doivent être considérés que dans leur rapport avec le défunt, puisque la parenté avec celui-ci est l'unique base du droit à sa Succession;

» Attendu que, quand les législateurs ont inséré dans l'article précité, ces mots *de la même ligne*, ils ont entendu parler de la même ligne respectivement au défunt; qu'indépendamment de la lettre de cet article, cela résulte encore de l'ensemble de la loi dont il fait partie; et qu'ainsi, le jugement attaqué a contrevenu audit article, en admettant la défenderesse qui ne descend que d'un trisaïeul maternel de la fille Calais, à concourir dans sa Succession avec les demanderesses qui descendent d'un bisaïeul également maternel de cette fille;

» Le tribunal casse et annulle.... ».

Vingt-cinq jours après avoir admis le recours de Marie-Anne Lecacheux contre un jugement favorable au système de la refente, la section des requêtes a eu à statuer sur le recours de Jeanne Navarria et consorts, contre un jugement qui avait proscrit ce système. Ce jugement avait été rendu, le 13 ventôse an 8, par le tribunal civil du département de Maine et Loire. Après le rapport de la cause fait par M. Riols, je me suis expliqué en ces termes :

« Cette affaire vous présente absolument la même espèce et la même question qui ont donné lieu au partage vidé le 5 frimaire dernier : il s'agit encore de savoir si le collatéral, dans la ligne paternelle, qui descend d'un bisaïeul du défunt, doit exclure le collatéral de la même ligne, qui ne descend que d'un trisaïeul : ou si celui-ci peut concourir avec le premier, et réclamer, dans la portion attribuée à la ligne paternelle, une portion particulière, comme affectée à la branche du trisaïeul.

» Le jugement dont on vous demande la cassation, a décidé que le descendant du bisaïeul devait exclure le descendant du trisaïeul.

» Ainsi, les mêmes motifs par lesquels vous vous êtes déterminés à admettre, le 5 frimaire, le recours des citoyennes Lecacheux contre le jugement qui avait adopté le système de la refente, s'élèvent aujourd'hui pour faire rejeter le recours des demandeurs

Digitized by Google

contre le jugement qui a proscrit ce système.

» Nous ne répéterons donc pas ici tout ce que nous avons cru devoir dire sur cette matière, à l'audience du 5 frimaire.

» Mais il ne sera pas inutile, pour faire cesser absolument toute espèce de lutte sur le sens de l'art. 86 de la loi du 17 nivôse an 2, de revenir encore un moment sur le système général de cette loi.

» Vous savez, qu'après avoir, par l'art. 77, établi la représentation à l'infini en ligne collatérale, elle lui donne, par l'art. 82, l'effet de faire entrer le représentant *dans la place, dans le degré et dans tous les droits* de l'ascendant qu'il représente.

» D'après ce principe, supposons que, dans la Succession de Jean Goupilleau dont il est ici question, se soit trouvé un grand-père paternel, et que Jean Goupilleau eût aussi laissé du même côté, un bisaïeul, père de sa grand'mère paternelle;

» A qui, dans ce cas, aurait appartenu la Succession? Très-certainement elle aurait appartenu au grand-père paternel, à l'exclusion du bisaïeul, son beau-père. Cela résulte des art. 69, 70 et 71. L'art. 69 porte que le père et la mère *ou le survivant d'entre eux*, succèdent à défaut de descendans, de frères, de sœurs ou de descendans de frères ou de sœurs. L'art. 70, partant du même principe, veut qu'à défaut de pères et mères, les aïeuls et aïeules *ou le survivant d'entre eux* succèdent, s'il n'y a pas de descendans de quelqu'un d'entre eux. Et ce n'est qu'à défaut d'aïeuls *ou* d'aïeules, que les ascendans supérieurs sont appelés par l'art. 71, *suivant la proximité du degré;* de manière que l'existence du seul grand-père paternel suffit pour exclure le bisaïeul, père de la grand'mère paternelle.

» Par la même raison, et d'après les termes même de l'art. 71, si Jean Goupilleau eût été survécu par le père de son aïeul paternel, c'est-à-dire, par son bisaïeul paternel, et par le grand-père de sa grand'mère paternelle, c'est-à-dire, par l'un de ses trisaïeux paternels, il est clair que le trisaïeul paternel eût été exclu par le bisaïeul du même côté.

» Mais Jean Goupilleau, au lieu d'être survécu par un bisaïeul et un trisaïeul paternels, l'a été par des parens collatéraux qui descendent, les uns de celui-ci, les autres de celui-là.

» Eh bien! La loi veut que, par l'effet de la représentation, les uns et les autres soient traités dans sa Succession, comme l'eussent été les ascendans dont ils descendent respectivement.

» Et puisque le bisaïeul aurait exclu le trisaïeul, il est évident que les descendans du premier doivent également exclure les descendans du second.

» Il est impossible, nous osons le croire, de nier cette conséquence; et assurément elle est décisive contre le système de la *refente* en deux lignes.

» Au surplus, puisqu'on semble, dans cette cause, faire une sorte d'appel à ceux qui ont pris part à la loi du 17 nivôse an 2, pour expliquer dans quel sens ils l'ont alors entendue, nous devons déclarer au tribunal que, sans avoir co-opéré précisément et manuellement à la rédaction de cette loi, nous avons assisté, dans le comité de législation, à toutes les conférences dans lesquelles on en a délibéré et arrêté les bases; que l'idée de la refente en deux lignes a toujours été aussi éloignée de l'intention du comité, qu'elle l'est de toutes les saines notions d'économie politique; et que cependant la plupart des membres du comité connaissaient très-bien ce système, puisqu'il avait été combattu par l'un d'eux dans un ouvrage qui alors était encore récent; et que d'ailleurs il avait été depuis peu discuté avec le plus grand éclat dans une affaire qui avait pris naissance dans la coutume d'Anjou, et qui avait été portée successivement au parlement de Paris, au conseil d'état, et enfin au parlement de Rouen, où il avait été rejeté par un arrêt solennel (1).

» Nous devons dire aussi que le cit. Cambacérès présidait alors le comité, et que c'est d'après son avis qu'a été intentée par les parties en faveur desquelles a prononcé le jugement de la section civile du 12 brumaire dernier, l'affaire qui a donné lieu à ce jugement si profondément délibéré et si bien motivé.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête de demandeurs ».

Arrêt du 1er nivôse an 9, qui prononce conformément à ces conclusions,

« Attendu que tous les collatéraux qui descendent d'ascendans paternels du défunt, quoique ces ascendans soient de diverses branches, sont cependant de la même ligne avec le défunt, c'est-à-dire, de sa ligne paternelle;

» Attendu que l'on ne peut dire que ces collatéraux sont de lignes différentes, que lors-

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Représentation* (*droit de*), sect. 2, n° 12.

Digitized by Google

qu'on les considère respectivement entre eux, et non pas quand on les considère respectivement au défunt, par rapport auquel ils sont tous dans la ligne paternelle;

» Attendu que ces mêmes collatéraux ne doivent être considérés que dans leur rapport avec le défunt, puisque la parenté avec celui ci est l'unique base du droit à sa Succession;

» Attendu que, quand les législateurs ont dit, art. 77 de la loi de nivôse: *La représentation a lieu jusqu'à l'infini en ligne collatérale; ceux qui descendent des ascendans les plus proches du défunt, excluent ceux qui descendent des ascendans plus éloignés de la même ligne*, ils ont entendu parler de la même ligne avec le défunt, de la même ligne respectivement au défunt; et qu'ainsi, le jugement attaqué n'a fait que se conformer à cet article, en décidant que les demandeurs en cassation, descendans d'un trisaïeul du défunt dans sa ligne paternelle, étaient exclus de sa Succession par les descendans d'un bisaïeul dans la même ligne ».

La question s'est encore représentée, le 11 du même mois, à la même section. Il s'agissait de la Succession de M. de Trudaine, ex-conseiller d'état. Le sieur Pedillon qui prétendait y venir par droit de refente, attaquait un jugement du tribunal civil du département de Seine et Oise qui l'avait repoussé. Il traita la question comme si elle eût encore été entière, et il la traita avec une grande profondeur. Mais tous ses efforts furent inutiles; par arrêt du 11 nivôse an 9, sur les conclusions de M. Jourde, sa requête fut rejetée.

Cette longue suite d'arrêts uniformes n'a pas empêché la cour d'appel de Bruxelles d'en rendre un contraire, le 27 messidor an 10; mais il a été cassé le 4 ventôse an 11, au rapport de M. Cochard.

§. IX. 1° *L'exception apportée en faveur des tiers-acquéreurs, par la loi du 3 vendémaire an 4, à l'abrogation de l'effet rétroactif de la loi du 17 nivôse an 2, peut-elle être invoquée par un donataire universel de l'héritier en faveur duquel cette dernière loi avait disposé rétroactivement?*

2° *L'art. 60 de la loi du 17 nivôse an 2 est-il applicable à la donation que l'héritier rappelé par l'effet rétroactif de cette loi, mais réintégré de fait dans la possession de l'hérédité, en a faite par contrat de mariage avant l'abrogation de l'effet rétroactif même?*

3° *La prescription annale établie par l'art. 9 de la loi du 23 ventôse an 2, peut-elle être suppléée par le juge, lorsque la partie intéressée à la faire valoir, ne l'oppose pas?*

4° *A-t-elle couru contre un héritier réintégré de fait dans l'hérédité?*

V. l'article *Effet rétroactif de la loi du 17 nivôse an 2.*

§. X. 1° *Le condamné à mort par un jugement révolutionnaire de 1794, a-t-il transmis sa Succession à celui qui était alors son héritier présomptif?*

En conséquence, est-ce aux ayant-droits de celui-ci qu'a dû être faite, en exécution de la loi du 21 prairial an 3, la restitution des biens confisqués momentanément sur le condamné?

Le bénéfice de cette restitution n'appartient-il pas plutôt à celui qui, à l'époque où elle a été ordonnée, se trouvait, parmi les parens du condamné, le plus proche et habile à lui succéder?

2° *Quels sont, dans le sens de l'art. 2 de la loi du 5 décembre 1814, relative à la remise des biens confisqués pour cause d'émigration, les héritiers ou ayant-cause de l'ancien propriétaire, à qui ces biens doivent être rendus?*

La première question est traitée dans le plaidoyer et jugée par l'arrêt du 23 thermidor an 10, rapportés à l'article *Confiscation*, §. 1er.

Sur la seconde, *V.* l'article *Émigré*, §. 17.

§. XI. *Pour exclure des enfans de la Succession de leur père, sur le fondement qu'avant leur naissance, il était mort civilement par l'effet d'un jugement qui l'avait condamné par contumace à une peine emportant la mort civile, est-il nécessaire de représenter ce jugement et le procès-verbal de son exécution? Peut-on, par des présomptions, par des actes énonciatifs, par les reconnaissances du prétendu condamné lui-même, par des arrêts rendus entre d'autres parties, et basés sur le fait de sa mort civile, suppléer à la représentation de ce jugement et de ce procès-verbal?*

« Ces questions (ai-je dit à l'audience de la cour de cassation, section des requêtes, le 29 frimaire an 12), ces questions qui ont été agitées pendant six audiences au tribunal d'appel de Lyon, se reproduisent devant vous avec tout l'intérêt qu'elles ont excité devant ce tribunal; et vous avez à decider si, par la

Digitized by Google

manière dont il les a jugées, il a respecté ou enfreint les lois qui devaient lui servir de boussole.

» Vous connaissez les faits qui les ont amenées.

» Vous savez qu'Antoine Desverneys, né à Lyon du mariage d'André Desverneys avec Angélique Baron, perdit son père en 1712, avant d'avoir atteint sa majorité; que sa mère épousa en secondes noces Joseph Nivelle-Delachaussée; que ne pouvant ou ne voulant pas vivre avec son beau-père, il le quitta, se retira dans la ci-devant Bresse, y obtint, le 30 mai 1730, des lettres de bénéfice d'âge, et fit assigner son beau-père en reddition du compte de sa tutelle.

» Vous savez que, peu de temps après (le 10 août 1732) il eut le malheur, dans une partie de chasse, de tuer Claude Perron, garde de la seigneurie de Montellier; que de là s'ensuivit, par contumace, un procès criminel dont le résultat, suivant les adversaires des demandeurs, fut un jugement de mort rendu par le présidial de Bourg, le 5 avril, et exécuté en effigie le 5 octobre 1735.

» Vous savez que, dans l'intervalle de l'une à l'autre de ces deux dernières époques, Antoine Desverneys, refugié à Lyon, y épousa, le 28 avril 1735, Adrienne Decolony; et que, cinq mois et demi après la célébration de ce mariage, le 13 octobre 1735, Adrienne Decolony mit au monde une fille, nommée Étiennette, qui fut baptisée comme enfant *légitime* des deux époux, et mourut au mois d'octobre de l'année suivante.

» Vous savez que, quatre mois après la naissance de cet enfant, le 16 février 1736, Antoine Desverneys, par le ministère d'un fondé de pouvoirs, vendit, devant un notaire de Lyon, à Joseph Bonamour, une maison située à la Croix-Rousse; et que, par une clause expresse du contrat, il chargea l'acquéreur d'en employer le prix au paiement des frais nécessaires pour *parvenir à sa réhabilitation*.

» Vous savez que, le lendemain, 17 février 1736, le châtelain de Fontellier, celui même qui avait fait les premiers actes de l'instruction criminelle contre Antoine Desverneys, homologua, sur les conclusions du procureur fiscal, un avis de parens qui autorisait le tuteur des mineurs Perron à se désister *de toutes procédures extraordinaires faites, poursuivies et jugées contre ledit Antoine Desverneys*, moyennant 1,500 livres de dommages-intérêts qui furent à l'instant payées par le fondé de pouvoirs de celui-ci.

» Vous savez qu'immédiatement après, Antoine Desverneys passa en Amérique; et que, le 15 novembre de la même année, Nivelle, son beau-père, le considérant comme mort civilement, rendit son compte de tutelle à Angélique Baron et à Catherine Desverneys, mère et sœur d'Antoine Desverneys, et comme telles, suivant lui, ses héritières de droit.

» Vous savez qu'Antoine Desverneys revint bientôt d'Amérique à Lyon; et que, le 29 novembre 1739, Adrienne Decolony, son épouse, accoucha d'un enfant, nommé Jean-François-Henry, qui fut baptisé comme leur fils *légitime*.

» Vous savez que, dans l'intervalle, un procès s'était élevé entre Adrienne Decolony, son épouse, d'une part; Nivelle, son beau-père, et Angelique Baron, sa mère, de l'autre; que, dans ce procès, Adrienne Decolony se présentait comme héritière d'Étiennette Desverneys, sa fille, morte en octobre 1736; et qu'elle réclamait, à ce titre, les biens dépendans de l'hérédité de son mari, attendu, disait-elle, que, par sa mort civile, il l'avait transmise à sa fille Étiennette.

» Vous savez que Nivelle et Angélique Baron étant décédés, l'un, en 1742, l'autre, en 1744, Louise-Angélique Nivelle leur fille, mariée à Gabriel Cheissac, reprit l'instance, et prétendit qu'Antoine Desverneys n'avait pas eu d'autre héritier que sa mère, que son mariage ayant été contracté postérieurement à sa condamnation par contumace, n'avait pu produire aucun effet civil; que conséquemment sa fille Étiennette n'avait pas joui des avantages de la légitimité; et que, par une conséquence ultérieure, il n'avait pas pu lui transmettre sa Succession.

» Vous savez qu'Adrienne Decolony opposait à ces raisonnemens l'antériorité de son mariage et de la conception de sa fille Étiennette à l'exécution en effigie du jugement qui avait condamné son mari à mort, et que de ce fait, non contesté par son adversaire, elle concluait que la mort civile de son mari ne devait dater que du 5 octobre 1735; que la femme Cheissac, au contraire, soutenait que la mort civile d'Antoine Desverneys devait dater du 5 avril 1735, jour de sa condamnation, et par suite de vingt-trois jours avant la célébration de son mariage; que d'ailleurs elle attaqua incidemment ce mariage par appel comme d'abus; et que, par arrêt rendu à la grand'chambre du parlement de Paris, le 5 juillet 1746, il fut prononcé en ces termes: *La cour, faisant droit sur l'appel comme d'abus interjeté par les parties de Daugy* (Cheissac et sa femme), *dit qu'il n'y a abus, con-*

Digitized by Google

damne les appelans à l'amende ; en tant que touche l'appel simple interjeté par les parties de Daugy des sentences et ordonnances de la sénéchaussée de Lyon, sans s'arrêter à leur requête, a mis et met l'appellation et ce dont est appel au néant ; émendant, évoquant le principal et y faisant droit, condamne les parties de Daugy à rendre compte à la partie de Simon (Adrienne Decolony), *pardevant le lieutenant-général de la sénéchaussée de Lyon, des biens de la Succession d'Antoine Desverneys, à l'affirmer véritable pardevant ledit juge et à en payer le reliquat, ensemble les intérêts et intérêts des intérêts comme deniers pupillaires ; condamne lesdites parties de Daugy à remettre à ladite partie de Simon tous les papiers et titres de ladite Succession, et à lui laisser la libre jouissance de la propriété des biens meubles et immeubles, en quelques lieux qu'ils soient situés ; à lui rendre et restituer tous les fruits sur le pied des baux, sinon, suivant l'estimation à dire d'experts, dont les parties conviendront pardevant ledit lieutenant-général de Lyon, sinon par lui pris et nommés d'office ; condamne les parties de Daugy en tous les dépens, tant des causes principales que d'appel et demandes.*

» Vous savez que, dans le vu de cet arrêt, il n'est fait mention ni du jugement de condamnation d'Antoine Desverneys à la peine de mort, ni du procès-verbal d'exécution de ce jugement en effigie ; que seulement on y voit les deux parties s'accorder, par leurs conclusions, à qualifier Antoine Desverneys de *mort civilement*.

» Vous savez que, dans l'année qui a suivi la prononciation de cet arrêt, le 30 novembre 1747, il fut baptisé à Lyon un troisième enfant d'Antoine Desverneys et d'Adrienne Decolony ; qu'il fut nommé *Jean-Baptiste* et qualifié de *fils légitime ;* que, le 23 avril 1752, Antoine Desverneys mourut et fut enterré à la Croix-Rousse, dans le tombeau réservé à sa famille ; que, le 26 octobre suivant, sa veuve accoucha d'une fille, nommée Marie-Anne-Charlotte, qui fut baptisée comme fruit posthume du mariage d'Antoine Desverneys et d'Adrienne Decolony ; et que, le 22 avril 1754, elle se remaria à Jacques Prades.

» Vous savez que, dans le compte rendu par la femme Cheissac à Adrienne Decolony, il s'éleva des contestations sur lesquelles il fut prononcé, le 14 avril 1767, par une sentence de la sénéchaussée de Lyon, dans laquelle est visé, entre autres pièces, un *certificat délivré par Perrier, greffier civil et criminel au bailliage et siége présidial de Bourg, contenant que, par sentence rendue en la chambre du conseil, le* 5 *avril* 1735, *le nommé Antoine Desverneys, bourgeois de la Croix-Rousse, faubourg de Lyon, aurait été déclaré atteint et convaincu d'avoir assassiné Claude Perron, laboureur de Montellier ; pour raison de quoi il aurait été condamné à être pendu, et ce par effigie ; et que cette sentence fut exécutée suivant sa forme et teneur, le* 5 *octobre* 1735.

» Vous savez que, sur l'appel de cette sentence porté au parlement de Paris, la femme Cheissac fit signifier à Adrienne Decolony, le 25 mai 1777, une requête dans laquelle il était dit : *La trente-deuxième pièce du* QUINZE *avril* 1735, *est emploi de la sentence du* QUINZE *avril* 1735 *qui condamne Antoine Desverneys à être pendu ; la trente-troisième est* EMPLOI *de l'exécution de cette sentence qui se fit par effigie, le* 5 *octobre suivant.*

» Vous savez que, par arrêt rendu à la troisième chambre des enquêtes, le 23 juillet 1779, il fut donné acte à la femme Cheissac de l'emploi qu'elle faisait du compte rendu par son père, le 15 novembre 1736, *de la gestion et administration* qu'il avait eue *de la personne et des biens d'Antoine Desverneys, condamné à mort par sentence de Bourg-en-Bresse du* QUINZE *avril* 1735, *et exécuté en effigie, le* 5 *octobre suivant ;* que, par le même arrêt, la dépense du compte est calculée depuis la sortie d'Antoine Desverneys de la maison de Nivelle, son beau-père, *jusqu'audit jour* QUINZE *avril* 1735 ; et que l'on fait pareillement courir *jusqu'audit jour* QUINZE *avril* 1735, les intérêts d'une partie de cette dépense, ainsi que les prestations du douaire d'Angélique Baron.

» Vous savez qu'Adrienne Decolony mourut le 16 mai 1780 ; que, quelque temps auparavant, et dès le 15 avril 1776, Jean-Baptiste Desverneys, troisième enfant de son premier mariage, s'était marié à Lyon, *comme fils légitime de défunt Antoine Desverneys, écuyer, et d'Adrienne Decolony ;* que précédemment encore, ce même Jean-Baptiste Desverneys s'étant enrôlé dans un régiment d'infanterie, avait obtenu, comme *noble*, l'annullation de son enrôlement.

» Vous savez que, le 21 pluviôse an 6, les enfans de ce même Jean-Baptiste Desverneys et les autres descendans d'Antoine Desverneys ont fait assigner en délaissement d'une maison située à la Croix-Rousse, appelée *le Chariot d'or*, et dépendante, suivant eux, de la Succession de celui-ci, Françoise Desplante, femme Gleyze, qui la possédait comme

Digitized by Google

héritière de Nicolas Vernier, son premier mari, à qui la femme Cheissac en avait fait donation par acte notarié du 3 mars 1781.

» Vous savez qu'à cette demande, la femme Gleyze et son mari ont opposé trois moyens différens : le premier, que les demandeurs n'étaient ni ne pouvaient être héritiers d'Antoine Desverneys, puisqu'il était mort civilement avant leur naissance ou celle de leurs auteurs; le second, que rien ne prouvait que la maison réclamée par eux, fit partie de la Succession d'Antoine Desverneys; le troisième, qu'en tout cas, il s'était écoulé. depuis le commencement de la possession de la femme Cheissac, donatrice de Nicolas Vernier, un temps plus que suffisant pour opérer la prescription pleine et entière de leur action.

» Vous savez que, contre le premier de ces moyens, les enfans Desverneys ont fait valoir le défaut de représentation, tant du prétendu jugement de condamnation de leur père, que du procès-verbal de son exécution; qu'ils ont combattu les deux autres par des pièces et par des circonstances qui paraissaient devoir les écarter, au moins pour une portion considérable de l'immeuble litigieux; et que, pour justifier d'autant mieux leur réponse au premier, ils ont produit deux certificats du greffier du tribunal civil du département de l'Ain, séant à Bourg, l'un du 16 germinal an 7, l'autre du 14 fructidor de la même année, et portant *que, vérification faite des minutes des procédures criminelles instruites au ci-devant bailliage et présidial de Bourg, il ne s'est trouvé dans les liasses de procédures de l'année* 1735, *aucune procédure instruite ni jugement rendu contre Antoine Desverneys; que* (d'ailleurs) *depuis l'année* 1779 *qu'il est greffier du ci-devant bailliage et présidial de Bourg, et successivement du tribunal de district de Bourg, il n'a été fait aucun déplacement des minutes déposées au greffe du bailliage de Bourg, et qu'elles sont constamment restées au même dépôt.*

» Vous savez que, par jugement du 14 fructidor an 8, le tribunal civil de l'arrondissement de Lyon, s'attachant au premier moyen de la dame Gleyze, et sans statuer sur les deux autres, a déclaré *les demandeurs sans droit et sans qualité*, attendu 1° *que, par l'arrêt du* 5 *juillet* 1746, *la Succession d'Antoine Desverneys a été réglée définitivement et en dernier ressort;* 2° *que, d'après cet arrêt, la Succession d'Antoine Desverneys a été déférée à Adrienne Decolony, femme Desverneys, comme héritière d'Étiennette Desverneys, fille, décédée en pupillarité, d'Antoine Desverneys, mort civilement.*

» Vous savez que les enfans Desverneys ont appelé de ce jugement au tribunal d'appel de Lyon; qu'ils ont joint à leur appel une tierce-opposition, tant à l'arrêt du 5 juillet 1746, qui avait adjugé à Adrienne Decolony, leur mère, la Succession d'Antoine Desverneys, leur père, encore vivant à cette époque, qu'à la sentence de la sénéchaussée de Lyon, du 14 avril 1767, et que, sur cette tierce-opposition, ils ont fait citer le préfet du département du Rhône, comme devant, selon eux, représenter, pour le compte de l'Etat et par droit de déshérence, Adrienne Decolony, dont ils avaient répudié l'hérédité.

» Enfin, vous connaissez le jugement rendu sur le tout par le tribunal d'appel de Lyon, le 6 floréal an 11 *Considérant* (porte-t-il) *qu'il résulte des dispositions de l'arrêt du parlement de Paris, du* 5 *juillet* 1746, *de celles de la sentence de la sénéchaussée de Lyon, du* 14 *avril* 1767, DE CELLES DE L'ACTE SIGNIFIÉ PAR ADRIENNE DECOLONY, LE 22 MAI 1770, *et du dispositif de l'arrêt du* 23 *juillet* 1779, *qu'Antoine Desverneys est mort dans un état de mort civile; le tribunal dit qu'il a été bien jugé, mal appelé, et que ce dont est appel sortira son plein et entier effet.*

» Qu'est-ce que *l'acte signifié par Adrienne Decolony, le* 22 *mai* 1770, dont il est parlé dans ce jugement? Nous n'en avons jusqu'à présent trouvé aucune trace dans les pièces que nous avons parcourues, et les demandeurs ne l'ont pas produit; mais il en est fait mention dans la partie de l'arrêt même qui retrace sommairement la plaidoirie de la dame Gleyze et de son mari : *Dans une signification faite le* 22 *mai* 1770 (y est-il dit), *non seulement cette femme* (Adrienne Decolony) *prend le titre d'héritière médiate d'Antoine Desverneys, mort civilement, mais elle déclare qu'elle a donné copie du jugement portant condamnation à mort de son époux et du certificat du greffier attestant l'exécution.*

» Vous remarquez, au surplus, que le tribunal d'appel de Lyon ne statue en aucune manière sur la tierce-opposition formée par les demandeurs à l'arrêt du parlement de Paris, du 4 juillet 1746, et à la sentence de la sénéchaussée de Lyon, du 14 avril 1767. C'est assurément un vice de redaction, et les demandeurs ne manquent pas de s'en prévaloir; mais en résulte-t-il pour eux un moyen de cassation? Nous ne le pensons pas. Une omission de prononcer ne peut donner ouverture qu'à la requête civile; et dès qu'elle

Digitized by Google

donne ouverture à la requête civile, elle ne peut pas servir de motif pour casser un jugement.

» Par là tombent les moyens que tirent les demandeurs, et de ce que le tribunal d'appel de Lyon n'a rien statué à l'égard du préfet du département du Rhône, et de ce qu'il n'a pas jugé toutes les questions qu'il avait posées dans la troisième partie de son jugement.

» Ce n'est pas avec plus de fondement qu'ils emploient pour moyen de cassation, la circonstance que le jugement attaqué a été rendu *sections réunies*. Déjà plusieurs fois nous avons eu occasion de vous parler d'un réglement fait par le tribunal d'appel de Lyon, en exécution de l'art. 27 de la loi du 27 ventôse an 8, et provisoirement approuvé, au nom du gouvernement, par le ministre de la justice. Vous y avez remarqué un article portant que le tribunal jugera, sections réunies, les questions d'état et celles qui intéresseront la république; et par cette raison, la section des requêtes a rejeté, le 18 brumaire an 11, au rapport de M. Vasse, le recours de la commune de Jasseron, contre un jugement du tribunal d'appel de Lyon rendu sections réunies, entre la république et cette commune.

» Il ne reste donc plus aux demandeurs que les moyens qu'ils puisent dans le fond de la cause; et, à cet égard, nous n'avons à examiner qu'une seule question, celle de savoir si le tribunal d'appel de Lyon a violé quelque loi en jugeant à la fois, et qu'Antoine Desverneys était décédé en état de mort civile, et que, par cela seul qu'il était décédé en état de mort civile, ses enfans étaient inhabiles à lui succéder.

» Il semble, au premier abord, que, par cette manière de prononcer, il ait contrevenu à la loi générale qui appelle les enfans à la Succession de leur père même décédé en état de mort civile, à moins qu'on ne prouve qu'ils n'ont été conçus que postérieurement à sa mort civile elle-même; car le tribunal d'appel n'a point déterminé par son jugement l'époque à laquelle Antoine Desverneys était, suivant lui, mort civilement; il serait donc possible, d'après son jugement, qu'Antoine Desverneys ne fût mort civilement qu'après la conception ou la naissance, sinon de tous les demandeurs, au moins de quelques-uns d'entre eux.

» Mais cette difficulté s'évanouira bientôt, si l'on rapproche du jugement du tribunal d'appel, les actes de naissance des enfans d'Antoine Desverneys. Le jugement du tribunal d'appel donne pour première preuve de la mort civile d'Antoine Desverneys, l'arrêt du parlement de Paris du 5 juillet 1746, qui adjuge sa Succession à Adrienne Decolony, comme confondue dans celle d'Étiennette Desverneys, leur fille légitime, morte en 1736. Il décide donc qu'Antoine Desverneys était mort civilement dès l'année 1736. Or, c'est depuis l'année 1736 que sont nés tous ceux des enfans qui réclament aujourd'hui sa Succession : la naissance du plus âgé ne remonte qu'au 29 novembre 1739. L'arrêt de la cour d'appel décide donc que tous les demandeurs sont nés pendant la mort civile de leur père; il est donc inattaquable sous le rapport qui, au premier aperçu, semblait devoir en nécessiter la cassation.

» Mais a-t-il pu juger Antoine Desverneys mort civilement, sans que la sentence de sa prétendue condamnation par contumace, sans que le procès-verbal de l'exécution de cette sentence, fussent rapportés? A-t-il pu admettre comme pièces équipollentes à ces deux actes, l'arrêt du 5 juillet 1746, la sentence du 14 avril 1767, l'acte signifié à la requête d'Adrienne Decolony, le 22 mai 1770, et l'arrêt du 23 juillet 1779? Voilà ce que nous avons à examiner, voilà ce qui doit fixer toute notre attention.

» Et d'abord, peut-on, relativement aux effets qui peuvent résulter d'un jugement de condamnation, remplacer ce jugement même par la preuve, soit testimoniale, soit littérale, soit confessionnelle, qu'il a existé?

» Cette question importante a occupé nos législateurs, et ils l'ont décidée négativement pour le cas où il ne serait pas constant que le jugement prétendu adiré a reçu son exécution. L'art. 9 de la loi du 29 floréal an 2 et le Code des délits et des peines du 3 brumaire an 4, liv. 2, tit. 15, art. 554, portent que, *dans tous les cas et* POUR TOUS EFFETS, *le jugement de condamnation non-exécuté, qui n'est représenté, ni en minute, ni en expédition ou copie authentique, est considéré comme n'ayant jamais existé.* Et il ne faut pas croire que la disposition de ces lois n'ait pour objet que les jugemens rendus sur déclaration de jurés : elle est générale, elle n'est limitée par aucune exception; et ce qui prouve d'ailleurs qu'elle s'applique aux jugemens rendus avant, comme aux jugemens rendus depuis l'institution du jury, c'est que l'art. 7 de la première de ces lois déclare que, *si la procédure égarée en tout ou en partie avait été instruite dans la forme qui avait lieu* AVANT L'INSTITUTION DES JURÉS, *elle sera recommencée en entier dans la forme prescrite dans les lois relatives à cette institution; et ce qui pourra rester de la*

Digitized by Google

procédure, servira seulement de renseignement.

» Si donc le prétendu jugement du présidial de Bourg qui a, dit-on, condamné Antoine Desverneys à être pendu en effigie, n'a pas été exécuté, rien ne peut aujourd'hui en remplacer, soit la minute, soit l'expédition, soit la copie authentique, qui seules pourraient faire foi de son existence. Et il devrait être *considéré comme n'ayant jamais existé*, même dans le cas où il serait prouvé que le greffe du présidial de Bourg a été ou incendié ou pillé depuis sa prétendue prononciation; car c'est précisément pour ce cas qu'ont été faites les lois des 29 floréal an 2 et 3 brumaire an 4 : elles ont été faites, comme elles le disent elles-mêmes, pour le cas où, *par l'effet d'un incendie, de l'invasion des ennemis de la république, ou de toute autre cause, des minutes de jugemens rendus pour ou contre des accusés, et non encore exécutés, ou des procédures criminelles encore indécises, ont été détruites, enlevées ou autrement égarées, et qu'il n'est pas possible de les rétablir dans leurs dépôts.* Et à combien plus forte raison n'en doit-il pas être de même dans la circonstance où il est constaté par deux certificats du greffier de Bourg, que, depuis vingt-cinq ans qu'il est en fonctions, il n'y a eu dans son greffe ni incendie ni déplacement de minutes.

» Mais les dispositions des lois que nous venons de rappeler, se trouveront ici sans application, si la prétendue sentence dont il s'agit, a été exécutée. La question que vous avez à résoudre, gît donc tout entière dans ce seul point : le tribunal d'appel a-t-il pu juger, d'après les pièces qu'il a prises pour bases, que la prétendue sentence dont il s'agit, avait reçu son exécution?

» Une vérité que l'on ne saurait révoquer en doute, c'est que l'exécution d'un jugement criminel est un acte judiciaire.

» Une autre vérité non moins constante, et qui est d'ailleurs proclamée par tous les auteurs, notamment par Despeisses, tome 2, *de la preuve par titres*, n° 8, par Boiceau, *Traité de la preuve par témoins*, chap. 10, n° 8, et par Danty dans ses additions au même ouvrage, n° 62, qui même est écrite littéralement, comme nous le verrons bientôt, dans l'art. 55 de l'ordonnance de Moulins, c'est que les actes judiciaires ne peuvent être prouvés que par eux-mêmes, c'est-à-dire, par la production qui en est faite, ou en minutes, lorsque le juge en a ordonné l'apport, ou en expéditions, ou en copies authentiques.

» L'exécution de la prétendue sentence de condamnation d'Antoine Desverneys, ne peut donc être prouvée légalement que par le procès-verbal qui en a dû être dressé au moment même où elle s'est opérée. Et ce qui doit bien nous convaincre que telle a été l'intention du législateur, c'est qu'il a expressément ordonné ce procès-verbal, c'est qu'il en a formellement désigné le rédacteur officiel, c'est qu'il a impérativement chargé ce rédacteur de l'inscrire à la suite de la minute du jugement même : *Le procès-verbal d'exécution*, portait l'art. 13 du tit. 17 de l'ordonnance de 1670, *sera mis au pied du jugement, signé du greffier seulement.*

» Et qu'on ne vienne pas dire qu'en fait de jugemens par contumace, l'exécution doit toujours se présumer. Pour qu'elle se présumât toujours, il faudrait qu'elle fût une conséquence matériellement nécessaire de la condamnation; et certainement on conçoit très-bien qu'un jugement puisse être rendu, sans que pour cela il soit exécuté. La prononciation du jugement et son exécution sont deux actes séparés; et la loi a si peu entendu que l'existence de l'un emportât la preuve de l'existence de l'autre, qu'après avoir réglé la forme du jugement, elle a réglé celle de son exécution. Combien d'ailleurs n'y a-t-il pas d'exemples de jugemens par contumace qui n'ont pas été exécutés! Nos livres sont remplis d'arrêts qui ont jugé que le défaut d'exécution d'un jugement de mort par contumace, laisse au condamné tous les avantages de la vie civile. Arrêts du parlement de Paris, des 4 mars 1623 et 22 mars 1653, rapportés par Brodeau sur Louet, lettre C, §. 47, et dans le *Journal des audiences*. Arrêts du parlement de Bordeaux, des 28 avril 1664, 16 juillet 1666, 18 août 1668 et 20 août 1701, rapportés par Lapeyrère, lettre C, n° 187, et lettre P, n°s 66 et 67, édition de 1707. Arrêt du parlement d'Aix, du 11 mai 1735, rapporté par Julien sur les *Statuts de Provence*, tome 2, page 589. Arrêt du parlement de Rennes, du 3 juillet 1664, rapporté par Hévin sur l'art. 288 de la coutume de Bretagne.

» Ici, d'ailleurs, nous sommes dans une espèce bien plus favorable aux demandeurs. Le jugement qu'on leur oppose, n'existe pas; et d'après la disposition expresse des lois de floréal an 2 et brumaire an 4, il ne pourrait être présumé avoir existé, que par l'effet de la preuve de son exécution. Donc, point de preuve d'exécution, point de présomption légale de l'existence du jugement. Eh! Comment voudrait-on, après cela, que l'exécution

Digitized by Google

pût se présumer de droit? Comment pourrait-on sérieusement baser la preuve de l'exécution, sur un jugement qui, par cela seul qu'on ne prouve pas qu'il a été exécuté, doit, suivant la loi elle-même, être *considéré comme n'ayant jamais existé?*

» Mais, a dit le tribunal d'appel, la preuve que le jugement a existé, et qu'il a reçu son exécution, c'est que, le 5 juillet 1746, le parlement de Paris a adjugé à Adrienne Decolony la Succession d'Antoine Desverneys, encore vivant; c'est que la sentence de la sénéchaussée de Lyon, du 14 avril 1767, vise, entre autres pièces, un certificat du greffier de Bourg, constatant qu'Antoine Desverneys a été condamné à mort le 5 juillet 1735, et exécuté en effigie le 6 octobre suivant; c'est que, le 22 mai 1770, Adrienne Decolony a déclaré par un exploit fait à sa requête, avoir précédemment signifié le jugement même de condamnation de son mari, et un certificat du greffier de Bourg, attestant l'exécution de ce jugement; c'est enfin, que, dans l'arrêt du parlement de Paris du 23 juillet 1779, il est dit formellement qu'Antoine Desverneys a été condamné et exécuté en avril et octobre 1735.

» Voilà, au premier coup-d'œil, un concours bien imposant d'actes propres à remplacer, et l'expédition du jugement, et le procès-verbal de son exécution. Mais il se présente une première observation qui suffit pour les écarter tous en masse.

» Si Antoine Desverneys vivait encore, et que, cité en témoignage devant un tribunal, on lui opposât comme moyen de reproche, sa prétendue condamnation à mort par contumace, que feraient les juges? Ils feraient, ou du moins ils devraient faire ce que leur prescrit l'art. 55 de l'ordonnance de Moulins; ils ordonneraient à la partie qui alléguerait ce reproche, de le justifier, ou par la production du jugement, ou par la preuve testimoniale (en établissant préalablement la perte de la minute); et à défaut de l'une ou de l'autre, ils déclareraient le reproche calomnieux : *Les preuves de tonsure et profession de vœu monacal* (ce sont les termes de l'article cité), *seront reçues par lettres, et non par témoins; comme aussi les preuves des jugemens condamnatoires ou absolutoires dont on voudra s'aider pour reproches ou salvations, ès matières où lesdits témoignages auront lieu, sauf si la perte des registres était alléguée, dont la preuve en tout cas sera reçue.* Ainsi, Antoine Desverneys, assigné comme témoin en justice, serait admis à y déposer, nonobstant l'allégation et les pièces énonciatives de sa prétendue condamnation à mort; il serait par conséquent jugé jouir encore, dans toute leur plénitude, des droits de citoyen français.

» Et si Antoine Desverneys, toujours dans la supposition qu'il vécût encore, se présentait pour recueillir la Succession d'un homme dont il se trouverait le plus proche parent, oserait-on, de bonne foi, sur le fondement des arrêts de 1746 et 1779, de la sentence de 1767 et de la signification de 1770, lui contester son état et le soutenir mort civilement? Avec quel avantage ne repousserait-il pas une pareille exception? Vous prétendez, dirait-il, que j'ai été condamné à mort en 1735! Mais où est le jugement qui m'a condamné en effet? Où est le procès-verbal d'exécution de ce prétendu jugement? Vous ne produisez ni l'un ni l'autre, et vous voulez y suppléer par des actes qui me sont étrangers! Ces actes seraient impuissans contre moi, s'il était seulement permis de me fermer, comme témoin, le temple de la justice; et ils pourraient suffire pour me faire déclarer incapable de succéder! Je serais jugé mort civilement en matière de Succession, tandis que l'on serait forcé de me reconnaître citoyen pour déposer dans une enquête judiciaire! Ah! Ne prêtez pas à la loi des contradictions aussi absurdes; ne lui supposez pas la bizarre, la monstrueuse intention de me traiter à la fois, et comme mort civilement au préjudice de mes propres intérêts, de mes intérêts les plus chers et les plus sacrés, et comme jouissant de tous mes droits de cité, lorsqu'il ne s'agirait que d'un tiers en faveur duquel je serais appelé à porter témoignage. En un mot, ou rapportez le titre de ma condamnation et la preuve légale de son exécution régulière, ou cessez de vous opposer à l'exercice de mon droit de succéder, dont vous ne prouvez pas que j'aie jamais été dépouillé.

» Nous osons le dire, il n'est point de juge qui osât, dans cette hypothèse, prononcer contre Antoine Desverneys. Mais ses enfans sont-ils moins favorables que lui? Et un moyen qui serait victorieux dans sa bouche, pourrait-il n'être dans la leur qu'un vain sophisme? Des actes qui ne pourraient pas remplacer contre lui le titre qui pût seul le faire juger mort civilement, pourraient-ils avoir plus de force contre eux? Ne sont-ils donc pas investis de tous les droits qu'il avait au moment de sa mort? Ne sont-ils donc pas, aux yeux de la loi, une seule et même personne avec lui? Ne sont-ils donc pas ses enfans?

» Et après tout, que signifient ces actes

Digitized by Google

qui ont paru si décisifs contre eux au tribunal d'appel de Lyon? Spécieux, tant que l'on voudra, par leur ensemble, ils ne résistent pas au choc d'une discussion analytique; et s'ils peuvent un moment faire illusion à l'homme, ils ne sauraient faire impression sur le juge. Daignez nous suivre, dans l'examen que nous allons en faire, vous serez bientôt convaincus de cette vérité.

» D'abord, qu'a jugé l'arrêt du 5 juillet 1746? A coup sûr, il n'a jugé, il n'a pu juger que ce qui était mis en question par les parties entre lesquelles il a été rendu. Or, ces parties mettaient-elles en question si Antoine Desverneys était mort civilement? Non, elles en convenaient; ou plutôt, elles le supposaient toutes deux, parceque toutes deux faisaient dépendre de sa prétendue mort civile, le droit qu'elles réclamaient à sa Succession.

» Mettaient-elles en question si le prétendu jugement rendu contre lui, avait été exécuté le 5 octobre 1735? Non encore; c'était également un point convenu entre elles, et il était également de leur intérêt commun de le supposer. Il n'y avait donc de contesté entre elles que le point de savoir si sa mort civile devait dater du jour de sa condamnation, qu'elles fixaient de concert au 5 avril 1735, ou seulement le jour de son exécution en effigie, qu'elles fixaient de concert au 5 octobre de la même année. C'est donc sur ce seul point qu'a prononcé l'arrêt du 5 juillet 1746; l'arrêt du 5 juillet 1746 n'a donc prononcé que sur une conséquence de la prétendue mort civile d'Antoine Desverneys; il n'a donc pas jugé qu'Antoine Desverneys fût mort civilement.

» Si, au lieu de dire au parlement de Paris qu'Antoine Desverneys était mort civilement, soit le 5 avril, soit le 5 octobre 1735, sa femme et la dame Cheyssac étaient venues lui dire qu'il était descendu au tombeau, soit à l'une, soit à l'autre époque; et que, d'après leur allégation simultanée de son prétendu décès, le parlement de Paris eût jugé laquelle des deux était son héritière de droit, l'arrêt pourrait-il aujourd'hui faire preuve de sa mort effective à l'une de ces deux époques? Le pourrait-il surtout si, postérieurement au 5 avril ou 5 octobre 1735, on voyait des actes signaler Antoine Desverneys comme vivant encore; si, postérieurement à sa prétendue mort énoncée dans l'arrêt, on le voyait contracter un mariage solennel, en faire inscrire les fruits sur les registres publics, enfin mourir réellement dans un temps beaucoup plus rapproché de nous? Eh bien! Depuis même le 5 octobre 1735, date de la prétendue exécution en effigie de son jugement de condamnation, Antoine Desverneys a fait plusieurs actes de vie civile: il a pris, dans les registres destinés à constater l'état des citoyens, la qualité d'*écuyer*, qui alors ne pouvait certainement pas appartenir à un homme mort civilement; il a fait inscrire sur ces registres des enfans qui y ont été qualifiés de *légitimes*; et en mourant, il a reçu dans une église tous les honneurs funèbres, il a été enseveli dans le tombeau de ses pères. Donc l'arrêt de 1746 ne prouve pas plus sa mort civile au 5 octobre, qu'il ne pourrait faire preuve de sa mort naturelle à la même époque. Donc le tribunal d'appel de Lyon a tiré de cet arrêt une conséquence fausse et erronée. Donc cet arrêt ne peut pas justifier le tribunal d'appel de Lyon du reproche de contravention à la loi du 19 floréal an 2, à l'art. 554 du Code des délits et des peines, et au principe consacré par l'art. 55 de l'ordonnance de Moulins, que la preuve des *jugemens condamnatoires* ne peut être faite que par la production des jugemens eux-mêmes.

» Objectera-t-on que, postérieurement à l'arrêt de 1746, Antoine Desverneys a laissé jouir sa femme des biens que cet arrêt lui avait adjugés, et que, par là, il s'est lui-même reconnu mort civilement?

» Mais, d'une part, Antoine Desverneys aurait eu beau se reconnaître mort civilement; s'il ne l'était pas en effet, sa reconnaissance, comme nous l'établirons plus particulièrement ci-après, ne pourrait pas nuire à son état, encore moins à celui de ses enfans.

» D'un autre côté, tout ce que l'on peut raisonnablement conclure du silence d'Antoine Desverneys, relativement à l'arrêt qui lui donnait un héritier de son vivant, c'est qu'il a souffert qu'on le crût mort civilement, mais non pas qu'il se soit lui-même reconnu tel; et l'on conçoit assez qu'il avait de fortes raisons, même en le supposant encore dans la pleine et légitime possession de la vie civile, pour ne pas réclamer à une époque aussi voisine de celle de l'homicide qu'il avait eu le malheur de commettre. Dans cette hypothèse, en effet, soit qu'en 1735, il eût été condamné à mort par contumace, soit qu'il ne l'eût pas été, il avait grand intérêt de ne pas donner l'éveil à la justice sur son existence à Lyon. Condamné, il ne pouvait pas venir dire aux tribunaux: *je n'ai pas été exécuté en effigie*; c'eût été de sa part une provocation insensée à une exécution corpo-

Digitized by Google

relle. Non condamné, il ne pouvait pas davantage leur dire : *j'ai été poursuivi ; mais je n'ai pas été jugé ;* c'eût été le moyen de se faire juger réellement ; et l'impossibilité où il s'était mis lui-même, en transigeant avec la partie civile, de nier son crime, ne lui présageait que trop la manière dont on l'eût jugé. Il n'avait donc pas d'autre parti à prendre que de se taire ; et certainement par le silence dans lequel il s'est renfermé, il n'a pas reconnu sa prétendue mort civile ; il a seulement ajourné sa réclamation à un temps où il pourrait la former sans péril pour sa tête, temps qu'il n'a pas atteint, puisqu'il est mort en 1752, c'est-à-dire, à une époque où il ne s'était pas encore écoulé vingt ans depuis l'homicide de Claude Perron, où par conséquent il n'avait pas encore pu prescrire, suivant la législation alors en vigueur, l'action publique à laquelle il était en butte.

» Si l'arrêt du 5 juillet 1746 ne prouve rien, ni par lui-même, ni par le silence dont il a été suivi de la part d'Antoine Desverneys, quelle preuve prétendra-t-on tirer de la sentence de la sénéchaussée de Lyon, du 14 avril 1767 ?

» Dira-t-on que, par son dispositif, elle juge des contestations élevées entre Adrienne Decolony et la dame Cheyssac sur l'exécution de l'arrêt de 1746, et que par conséquent elle imprime de plus fort sur la tête d'Adrienne Decolony la qualité d'héritière de son époux, par l'effet de la mort civile de celui-ci. Mais ce n'est encore là qu'une décision hypothétique : suite nécessaire de l'arrêt de 1746, elle ne peut pas plus que lui, prouver un fait qu'elle n'a pas jugé plus que lui.

» Dira-t-on que, dans son préambule, elle vise un certificat du greffier de Bourg, qui atteste et l'existence du jugement de condamnation du 5 avril 1735, et son exécution en date du 5 octobre suivant ?

» Que prouve donc ce *visa* ? Sans contredit il prouve que, le 14 avril 1767, il a passé sous les yeux de la sénéchaussée de Lyon une pièce qui lui a paru être le certificat énoncé.

» Mais 1° il ne prouve pas, il ne peut pas prouver contre des tiers, que ce certificat fût véritablement du greffier de Bourg. Aucune des parties n'avait intérêt de vérifier ni de contester la signature de cet officier ; toutes convenaient du fait attesté sous son nom ; on ne peut donc pas dire qu'en visant l'attestation prétendue de cet officier, la sénéchaussée de Lyon l'ait jugée son ouvrage.

» 2° Ce certificat, quand il serait vraiment émané du greffier de Bourg, quelle foi pourrait-il faire de son contenu ? Sans doute, un greffier, un notaire méritent pleine croyance, ils la méritent du moins jusqu'à inscription de faux, lorsqu'ils attestent la conformité des expéditions qu'ils délivrent, aux minutes existantes dans leurs dépôts. Mais quand ils se bornent à déclarer sous leur signature, que tel jugement a été rendu, que tel acte a été passé en tel temps, ils ne sont pas officiers publics, ils ne sont que simples témoins, et leurs certificats ne peuvent être considérés que comme des attestations extrajudiciaires.

» Écoutons Chorier, dans sa *jurisprudence de Guy-Pape*, page 208 : *le certificat du notaire qu'il a reçu un contrat, duquel même il y marque la date et rapporte la substance, ne prouve rien, comme il fut jugé pour Claude de Grimaud, par arrêt* (du parlement de Grenoble) *de l'an* 1447, *contre Valentin Baquelier.*

» Rousseaud de la Combe, au mot *Preuve*, sect. 2, n° 9, dit également : *certificat du notaire d'avoir reçu quelque acte, ne fait foi.*

» Telle est aussi la doctrine de Despeisses, tome 2, page 520, n° 34.

» Et ces autorités s'appliquent ici avec d'autant plus de justesse, que le certificat dont il s'agit, à en juger du moins par l'énonciation qu'en contient la sentence de 1767, n'atteste pas qu'il existe actuellement, dans le greffe de Bourg, une sentence qui a condamné Antoine Desverneys à la peine de mort, et un procès-verbal qui en constate l'exécution par effigie ; mais seulement qu'Antoine Desverneys a été condamné, et que sa condamnation a été exécutée ; en sorte que le greffier laisse ignorer s'il parle les pièces sous les yeux, ou d'après des ouï-dire.

» 3° Enfin, ce certificat n'est pas représenté dans l'instance actuelle ; la dame Gleyze et son mari ont même avoué leur impuissance de le reproduire ; et certainement, il ne peut pas être ici remplacé par la mention qui en est faite dans la sentence de 1767. Règle générale, *non creditur referenti, nisi constet de relato ;* et il ne faut pas croire que cette règle ne soit que le produit de l'imagination des interprètes : les interprètes ne l'ont pas imaginée, ils l'ont puisée dans les textes les plus positifs des lois romaines.

» *Commemorationem* (porte la loi dernière, D. *de probationibus*), *commemorationem in chirographo pecuniarum quæ ex aliâ causâ deberi dicuntur, factam, vim obligationis non habere.*

» *Et hoc insuper jubemus* (ajoute la novelle 119, chap. 9) *ut si quis in aliquo documento alterius faciat mentionem docu-*

Digitized by Google

menti : nullam ex hâc memoriâ fieri exactionem, nisi aliud documentum cujus memoria in secundo facta est, proferatur, aut alia secundùm leges probatio exhibeatur.....; hoc enim etiam in veteribus legibus invenitur.

» Et sur ce fondement (dit Papon, liv. 9, tit. 8, n° 19), par un arrêt du parlement de Paris du 1er février 1538, prononcé en robes rouges à la pâques suivante, des acquéreurs *furent déboutés de la vente à eux faite par un soi-disant procureur, faute d'avoir montré la procuration, nonobstant que la teneur d'icelle fût insérée en ladite vente; à quoi la cour n'eût aucun égard.*

» Voyez donc à quelles erreurs il a fallu que le tribunal d'appel de Lyon s'abandonnât, pour accorder sa confiance au certificat visé dans la sentence de 1767!

» Il a regardé comme pièce probante contre un tiers, un acte dont la signature n'avait pas même été vérifiée au moment de sa production.

» Il a considéré comme émané d'un officier public, un certificat que l'officier public dont il portait la signature, n'avait pu donner que comme personne privée.

» Il a tiré de ce certificat la preuve de l'existence d'un jugement que le greffier de Bourg n'attestait pas même avoir vu, et d'une exécution dont ce même greffier ne disait même pas qu'il eût été, dans le temps, dressé procès-verbal.

» Et ce certificat, mis sous ses propres yeux, n'aurait pas même pu équipoller à la déclaration d'un témoin unique, déposant en justice sous la foi du serment; ce certificat qu'il n'a vu que par les yeux de la sénéchaussée de Lyon, il y a ajouté foi, au mépris des lois les plus expresses, de la jurisprudence la plus constante des tribunaux, de la doctrine la plus universelle des auteurs.

» Et le résultat de toutes ces méprises est de méconnaître, de fouler aux pieds les dispositions de l'ordonnance de Moulins, de la loi du 19 floréal an 2, du Code du 3 brumaire an 4, qui n'admettent que les jugemens eux-mêmes pour preuves des condamnations pénales qu'ils ont prononcées.

» Si, de la sentence de 1767 et du certificat qu'elle vise, nous passons à la troisième pièce sur laquelle s'est fondé le tribunal d'appel de Lyon, c'est-à-dire, à l'acte signifié par Adrienne Decolony, le 22 mai 1770, qu'y trouverons-nous? Que, dans cet acte, Adrienne Decolony *prend le titre d'héritière médiate d'Antoine Desverneys, mort civilement*, et qu'elle y déclare avoir *donné copie du jugement portant condamnation à mort de son époux, et du certificat du greffier attestant l'exécution.* Mais que peut-on inférer de tout cela?

» 1° En prenant la qualité d'héritière d'Antoine Desverneys, mort civilement, Adrienne Decolony n'a fait que suivre les erremens de l'arrêt du 5 juillet 1746, qui lui avait conféré ce titre : elle n'a donc rien ajouté à cet arrêt : si donc cet arrêt ne peut pas, comme nous l'avons démontré, établir contre ses enfans la mort civile de leur père, il est impossible d'attribuer plus d'effet à la qualité qu'il lui avait donnée et qu'elle a prise en conséquence.

» 2° La déclaration que fait Adrienne Decolony, d'avoir précédemment donné copie du jugement portant condamnation à mort de son époux, prouverait bien contre elle-même qu'en effet elle avait donné cette copie; mais contre des tiers, que peut-elle prouver? Rien autre chose, si ce n'est que, le 22 mai 1770, Adrienne Decolony a reconnu avoir précédemment signifié un jugement qui condamnait son mari à mort; elle ne peut pas prouver contre des tiers, qu'Adrienne Decolony avait réellement fait cette signification. Elle prouverait encore bien moins que cette signification, si elle avait été faite, était celle d'un jugement en forme authentique.

» 3° Quant à la prétendue signification énoncée dans ce même acte, *du certificat du greffier attestant l'exécution*, il s'en faut beaucoup que l'on puisse l'opposer aux enfans d'Antoine Desverneys : ceux-ci peuvent, au contraire, en tirer un très-grand avantage; car, de ce que, pour attester l'exécution du prétendu jugement rendu contre leur père, on a été obligé de recourir à un certificat du greffier, il résulte assez évidemment qu'il n'existait point de procès-verbal d'exécution; et si ce procès-verbal n'existait point, si la formalité impérieusement requise par l'ordonnance de 1670, pour constater l'exécution, n'avait pas été remplie, bien certainement l'exécution était, aux yeux de la loi, réputée n'avoir jamais eu lieu; et, par une conséquence nécessaire, jamais Antoine Desverneys n'était mort civilement, puisque ce n'est pas la condamnation, mais l'exécution seule, qui opère la mort civile.

» Reste l'arrêt du 25 juillet 1779; et vous allez voir que, soit que l'on remonte à la requête de la dame Cheyssac, du 25 mai 1777, énoncée dans le vu de cet arrêt, soit que l'on s'attache au dispositif de l'arrêt même, il ne peut en sortir que des inductions aussi insignifiantes pour la dame Gleyze, qu'elles sont favorables aux enfans Desverneys.

Digitized by Google

» Par sa requête de production, du 25 mai 1777, la dame Cheyssac déclare faire *emploi*, sous les nos 33 et 38, de la sentence de condamnation d'Antoine Desverneys, et (ce qui est sigulièrement à remarquer) non pas du procès-verbal de l'exécution, mais *de l'exécution* elle-même. Or, que signifie ce mot *emploi* dans une requête de production? Nous en appelons à tous ceux qui ont quelque connaissance de l'ancienne forme de procéder au parlement de Paris : il signifie que l'on n'a pas en son pouvoir, la pièce dont on veut faire emploi; il signifie qu'on ne la produit pas. Il est donc prouvé par la requête même du 25 mai 1777, que le prétendu jugement de condamnation n'a pas été produit lors de l'arrêt du 23 juillet 1779. Il y a plus : il est prouvé par cette requête, que la dame Cheyssac n'a pas osé, à cette époque, articuler qu'il eût été dressé un procès-verbal d'exécution de ce prétendu jugement.

» A l'égard du dispositif de l'arrêt, il énonce, à la vérité, qu'Antoine Desverneys a été condamné à mort et exécuté en effigie, mais il ne fait que l'énoncer, il ne le juge pas; et pourquoi ne le juge-t-il pas? Parceque ce point de fait n'était pas contesté entre les parties; parceque les parties ne faisaient, sur ce point de fait, que s'en référer à ce qu'elles avaient allégué simultanément lors de l'arrêt de 1746; en un mot, parceque, d'un côté, Adrienne Decolony était, comme en 1746, intéressée à faire réputer son mari mort civilement, puisque c'était pour elle le seul moyen de conserver sa Succession; et que, de l'autre, la dame Cheyssac n'avait plus, d'après l'arrêt de 1746, le moindre intérêt de lui contester la qualité d'héritière d'Antoine Desverneys.

» Et vainement dirait-on qu'en 1779, Adrienne Decolony n'était plus dans la même position qu'en 1746; qu'en 1746, elle avait à craindre, en s'élevant contre l'idée de la mort civile de son mari, d'éveiller sur lui l'attention des magistrats vengeurs de l'ordre public; qu'en 1779, elle etait, par la mort naturelle de son mari, dégagée de toute inquiétude sur cet objet; qu'ainsi, alors, elle devait, si son mari n'avait pas été condamné et exécuté, en faire elle-même la déclaration, et délaisser à ses enfans la Succession de leur père; et que, puisqu'elle ne l'a pas fait, puisqu'au contraire, elle a persisté à se dire héritière de son mari, et à agir comme telle sur le fondement de sa mort civile, on doit en conclure qu'Antoine Desverneys était, en effet, mort civilement dès 1735.

» Vous sentez que ce n'est point par des présomptions de cette nature, que l'on peut suppléer aux titres constitutifs de la mort civile. Et dans le fait, que, pour s'approprier la fortune de ses enfans, qu'elle pouvait avoir oubliés dans les bras de son second mari, ou même seulement pour se mettre à l'abri, de la part de la dame Cheyssac, de la répétition de tous les dépens des procès qu'elle avait soutenus contre elle, en prenant une fausse qualité, Adrienne Decolony ait continué, après la mort naturelle d'Antoine Desverneys, de se conduire et de plaider comme son héritière médiate, cela prouve bien qu'elle voulait toujours faire passer Antoine Desverneys pour mort civilement; mais cela ne prouve nullement qu'il le fût en effet. Qu'importe l'opinion qu'elle a eue ou qu'elle a manifestée de l'état de son mari? Qu'importe que, par un oubli plus ou moins coupable de ses premiers devoirs, elle ait voulu sacrifier l'état de ses enfans, soit à l'envie de les dépouiller de leurs biens, soit à la crainte d'attirer sur elle des condamnations dispendieuses de frais de procédure? Qu'importe enfin qu'elle ait été de bonne ou mauvaise foi, dans la conduite qu'elle a tenue, après son second mariage, envers la mémoire de son premier époux? Ce n'est pas son opinion, ce ne sont pas ses procédés, qui doivent déterminer la décision des tribunaux; la justice ne connaît d'autre règle que la loi, et la loi nous dit que la prétendue condamnation d'Antoine Desverneys ne peut être prouvée que par le jugement même qui l'a prononcée : la loi nous dit que l'exécution de ce prétendu jugement, ne peut être constatée que par le procès-verbal qui a dû en être tenu dans le temps.

» Et ne sait-on pas que, même dans les affaires du plus léger intérêt, les jugemens rendus, les déclarations faites entre deux parties, ne peuvent jamais préjudicier à des tiers? N'est-ce pas un des premiers principes du droit, que *res inter alios acta, res inter alios judicata, aliis obesse non potest?* Et ce seul principe ne suffit-il pas aux enfans Desverneys, pour écarter les inductions que l'on tire contre eux, non seulement de l'arrêt de 1779, mais encore de celui de 1746, mais encore de la sentence de 1767, mais encore de l'acte signifié par Adrienne Decolony, le 22 mai 1770?

» On peut objecter, nous le savons, quoique le tribunal d'appel de Lyon ne l'ait point fait en termes formels, on peut objecter la maxime, ou plutôt le brocard de droit : *in antiquis enunciativa probant.*

» Mais d'abord il ne suffit pas, de l'aveu de tous les interprètes, qu'une énonciation soit

Digitized by Google

ancienne, pour faire foi contre des tiers. *Non enim*, dit à ce sujet Dumoulin, sur l'art. 5 de l'ancienne coutume de Paris, n° 75, *non enim potest antiquitas de novo inducere in totum probationem quæ nulla est;* elle peut seulement corroborer une preuve qui existe déjà indépendamment de l'énonciation, *sed eam demùm quæ aliqua est, coadjuvare.* Or, dans notre espèce, supprimez les énonciations qui se trouvent dans les pièces citées par le tribunal d'appel, quelle preuve restera-t-il de la mort civile d'Antoine Desverneys? Aucune.

» En second lieu, tous les auteurs sont également d'accord que les énonciations anciennes ne peuvent faire foi contre des tiers, que lorsqu'elles sont confirmées par une possession constante et non interrompue. Or, dans notre espèce, il s'en faut beaucoup qu'il y ait contre Antoine Desverneys et ses enfans, une possession constante et non interrompue de mort civile. Nous l'avons déjà dit, Antoine Desverneys a fait, même après l'arrêt de 1746, plusieurs actes qui ne pouvaient appartenir qu'à un homme jouissant de tous ses droits de cité; et après sa mort, ses enfans en ont fait comme lui. Son fils Jean-Baptiste, entre autres, a fait, en 1771, casser, comme noble, son enrôlement dans les troupes; et il s'est marié en 1776, comme *fils légitime d'Antoine Desverneys, écuyer.*

» En troisième lieu, les énonciations anciennes ne peuvent faire foi contre des tiers, que lorsqu'elles sont uniformes. Or, trouvons-nous ce caractère d'uniformité dans les énonciations que l'on oppose aux enfans Desverneys? Vous allez en juger.

» La chose la plus importante à rechercher, dans les énonciations relatives au prétendu jugement de condamnation d'Antoine Desverneys à la peine de mort, c'est certainement sa date; car, si ces énonciations ne s'accordent pas sur sa date, il résultera nécessairement de leur discordance à cet égard, que ceux qui les ont consignées dans les actes où elles sont aujourd'hui écrites, n'avaient pas, au moment où ils les écrivaient, le jugement de condamnation sous les yeux, et qu'ils n'en ont parlé qu'au hasard.

» Eh bien! Parmi les actes énonciatifs de ce jugement qu'a cités le tribunal d'appel de Lyon, il n'y en a que deux qui le datent, et comment le datent-ils? De deux manières différentes. Suivant le certificat visé dans la sentence du 14 avril 1767, ce jugement a été rendu le 5 avril 1735; et suivant l'arrêt du 23 juillet 1779, ce n'est pas le 5, mais le 15 avril qu'il a été rendu. Lequel croire des deux? La loi 14, C. *de fide instrumentorum*, va répondre à cette question: *Scripturæ diversæ fidem sibi invicem derogantes, ab unâ eâdemque parte prolatæ, nihil firmitatis habere possunt.*

» Dira-t-on que, du moins, la sentence de 1767 et l'arrêt de 1779 sont d'accord dans l'énonciation qu'elles font de la date de l'exécution du jugement, et que l'une et l'autre fixent cette date au 5 octobre 1735.

» Oui; mais aussi ni dans l'une ni dans l'autre, il n'est parlé de procès-verbal d'exécution; et si l'on veut à toute force qu'il puisse être suppléé à la production de ce procès-verbal par des actes énonciatifs, au moins faut-il que ces actes énoncent le procès-verbal lui-même.

» Ce n'est pas tout; le procès-verbal, suivant l'ordonnance de 1670, doit être *mis au pied* de la minute *du jugement.* Si donc le procès-verbal d'exécution d'Antoine Desverneys eût été produit lors de la sentence de 1767 et de l'arrêt de 1779, il n'eût pu l'être qu'avec une expédition du jugement qui l'avait précédé. Or, conçoit-on que, si cette expédition eût été produite, on eût daté le jugement, dans l'une, du 5, et dans l'autre, du 15 avril?

» Ce n'est pas tout encore. L'art. 21 du tit. 25 de l'ordonnance de 1670 voulait que les jugemens fussent exécutés le même jour qu'ils avaient été prononcés; et l'on sent assez que, dans les procès instruits par contumace, ils devaient être réputés prononcés du moment qu'ils avait été délibérés, rédigés et signés. Est-il donc vraisemblable qu'un jugement rendu, soit le 5, soit le 15 avril 1735, n'ait été exécuté que le 5 octobre suivant, six mois après? Et, si un retard aussi extraordinaire est hors de toute vraisemblance, que deviennent des énonciations qui ne rappellent pas le procès-verbal prescrit par l'ordonnance, c'est-à-dire, la pièce essentiellement requise pour constater une exécution, des énonciations qui se rattachent à un jugement dont la date est incertaine, des énonciations qui sont contrariées par les actes de vie civile qu'a faits Antoine Desverneys, tant par lui-même que par ses enfans, depuis la prétendue exécution qui seule aurait pu le faire mourir civilement?

» Voulez-vous, au surplus, juger par les pièces même de la cause actuelle, de la foi que méritent en général les énonciations? Reportez-vous au jugement de première instance, du 14 fructidor an 8. Vous y verrez la dame Gleyze et son mari énoncer que *l'arrêt du 5 juillet 1746 rappelle le jugement de*

Digitized by Google

mort et le procès-verbal d'exécution. Cependant l'arrêt du 5 juillet 1746 ne dit pas un mot de l'un ni de l'autre.

» Il est donc prouvé, par le fait même de la dame Gleyze et de son mari, qu'en général les énonciations sont des guides peu sûrs; et c'est sans doute une raison bien puissante de nous attacher rigoureusement à la loi qui veut qu'au préjudice des tiers, il ne soit ajouté aucune foi aux énonciations: *non creditur referenti, nisi constet de relato.*

» Mais voici une énonciation d'un autre genre, et qui cependant n'a pas été relevée par le tribunal d'appel de Lyon. Antoine Desverneys lui-même a énoncé dans un acte public, dans un contrat de vente du 16 février 1736, qu'il était à la poursuite de sa *réhabilitation.* Il s'est donc alors reconnu mort civilement.

» Cet argument est, au premier abord, très-spécieux; mais examiné avec attention, non seulement il ne prouve rien *contre*, mais il prouve beaucoup *pour* l'état d'Antoine Desverneys; et c'est peut-être ce qui explique pourquoi le tribunal d'appel de Lyon ne l'a pas employé.

» Nous disons d'abord qu'il ne prouve rien contre l'état d'Antoine Desverneys: et en effet, de ce qu'on aurait persuadé à Antoine Desverneys qu'il avait été rendu à Bourg, une sentence qui le condamnait à mort, s'ensuivrait-il nécessairement que cette sentence existait? Supposé même que cette sentence existât réellement, de ce qu'Antoine Desverneys aurait cru qu'elle suffisait, indépendamment de son exécution, pour le constituer en mort civile, s'ensuivrait-il que la mort civile l'eût effectivement atteint? Enfin, supposé qu'il fût assez instruit pour savoir que la mort civile ne pouvait être que le résultat de l'exécution de son prétendu jugement de condamnation, de ce qu'on lui aurait insinué que ce jugement avait été exécuté, s'ensuivrait-il qu'en effet ce jugement avait reçu son exécution?

» Et encore, remarquons bien que, dans le contrat de vente du 16 février 1736, il n'exprime pas quelle est la nature du jugement contre lequel il va se pourvoir en *réhabilitation.* Est-ce un jugement de mort, est-ce un jugement de bannissement à temps, est-ce un jugement de blâme? L'acte n'en dit rien; l'acte n'est donc point, de sa part, une reconnaissance de mort civile.

» Mais plaçons à cet égard Antoine Desverneys dans l'hypothèse la moins favorable: admettons que, par le contrat dont il s'agit, il a reconnu, dans les termes les plus exprès, qu'il était alors déchu de tous les droits de cité, qu'il était alors ce que le droit romain appelle esclave de la peine, *servus pœnæ*: sera-ce une raison pour le considérer comme tel? Non, assurément; l'état des citoyens ne dépend ni de leurs déclarations, ni de leurs aveux, ni de leurs conventions; il ne dépend que de la loi. *Conventio privata aliquem servum facere non potest*, dit la loi 37, D. *de liberali causâ.* La loi 6 du même titre dit également: *si volens scripsisses servum te esse, non liberum, nullum juri tuo præjudicium comparasti.* Et la loi 24 ajoute que les aveux faits en jugement, n'ont pas, à cet égard, plus d'efficacité que les aveux extra-judiciaires: *interrogatam et professam apud acta se esse ancillam, hujusmodi factum libertatis defensionem non excludit.*

» Il y a plus: si un père, esclave de fait, agissant publiquement comme tel, s'obstine à ne pas employer les moyens qu'il a de faire reconnaître sa liberté, ses enfans peuvent le faire réintégrer malgré lui, dans son état d'homme libre; et réciproquement, le père peut enjuser de même, dans le cas où son fils se trouverait illégalement réduit à la condition d'esclave: *Si quandò is qui in possessione servitutis constitutus est, litigare de suâ conditione non patiatur, quòd fortè sibi suoque generi vellet aliquam injuriam inferre; in hoc casu æquum est quibusdam dari licentiam pro illo litigare..... ut puta parenti..... Vice versâ dicemus liberis parentum etiam invitorum eandem facultatem dari: neque enim modica filii ignominia est, si parentem servum habeat*: ce sont les termes de la loi 1, D. *de liberali causâ.*

» Il y a plus encore. Non seulement les reconnaissances les plus formelles ne peuvent pas rendre esclave celui qui, étant né libre, n'a rien fait pour perdre légalement sa liberté, mais la possession la plus longue ne peut pas même produire cet effet: *solâ temporis longinquitate* (dit la loi 3, *de longâ temporis prescriptione quæ adversùs libertatem non competit*, au Code), *solâ temporis longinquitate, etiamsi sexaginta annorum curriculum excesserit, libertatis jura minimè mutilari oportere congruit æquitati.*

» Enfin, dit encore la loi 11, C. *de ingenuis manumissis*, si un titre contraire à la liberté naturelle n'a pas précédé la possession de servitude, cette possession ne nuit en rien à l'état de l'homme né libre: *si vestram possessionem nullus præcessit titulus, necquidquam statui vestro derogatum est.*

» Viendra-t-on dire que ces décisions, uni-

Digitized by Google

quement relatives à l'esclavage qui était admis dans la législation romaine, ne peuvent pas s'appliquer à la mort civile, qui, parmi nous, résulte de certaines condamnations pénales? Mais certainement, parmi nous comme chez les Romains, il est de principe que nul ne peut, par le seul effet de sa volonté, subir une peine qu'il n'a point encourue : *nemo auditur perire volens*. Certainement un homme qui se présenterait au bagne de Brest ou de Toulon, pour y subir la peine des fers à laquelle il déclarerait avoir été condamné par un jugement qui ne serait pas représenté, n'y serait pas reçu et ne pourrait pas l'être. Comment donc pourrait-on réputer mort civilement, sur sa seule parole, un homme qui viendrait se dire condamné à une peine emportant la mort civile? Comment pourrait-on lui faire supporter l'accessoire de la peine, tandis qu'on ne pourrait lui infliger la peine elle-même? Comment admettrait-on la conséquence, tandis que l'on serait irrésistiblement forcé de rejeter le principe?

» Mais c'est trop longtemps nous arrêter à une hypothèse hautement démentie par l'acte sur lequel on la fonde; c'est trop longtemps supposer que, par l'acte du 16 février 1736, Antoine Desverneys s'est reconnu condamné à une peine emportant la mort civile.

» Si Antoine Desverneys eût été mort civilement le 16 février 1736, il eût été alors dépouillé de tous ses biens; et comme l'a jugé le parlement de Paris, dans cette supposition, son hérédité eût été ouverte au profit de sa fille Étiennette qui vivait encore, et n'est décédée qu'au mois d'octobre suivant. Cependant Antoine Desverneys a fait, le 16 février 1736, l'acte le plus éclatant de propriétaire; il a exercé dans toute sa plénitude le *jus utendi et abutendi* qui forme le plus bel attribut de la propriété; il a vendu une partie de son patrimoine; il l'a vendue pardevant notaires; il l'a vendue dans sa ville natale, dans une ville où il devait être bien connu, dans une ville très-peu distante de celle où l'on prétend qu'il avait été frappé de mort civile quatre mois auparavant, dans une ville par conséquent où il était moralement impossible que sa condamnation et son exécution ne fussent pas notoires, si réellement il eût été condamné, si réellement il eût été exécuté; enfin, il l'a vendue à un acquéreur qui, dès le lendemain, en a versé le prix dans les mains du tuteur des enfans de Claude Perron; à un acquéreur qui se serait bien gardé de payer avec une précipitation aussi indiscrète, si Antoine Desverneys eût passé pour mort civilement à cette époque, si le mot *réhabilitation* employé dans le contrat de vente et qu'il se sera sans doute fait expliquer, s'était référé à un jugement de mort par contumace, et surtout à un jugement exécuté en effigie.

» Donc l'acte du 16 février 1736, loin de prouver la mort civile d'Antoine Desverneys, en détruit jusqu'au plus léger soupçon. Donc le titre que la dame Gleyze et son mari opposaient aux demandeurs, était pour ceux-ci une preuve irréfragable que l'état de leur père n'avait jamais reçu aucune atteinte. Donc, en négligeant ce titre, en lui préférant des actes étrangers à Antoine Desverneys et à ses enfans, le tribunal d'appel de Lyon a fait précisément l'inverse de ce que lui commandaient les principes.

» Objectera-t-on qu'il ne s'agit pas ici de savoir si les principes ont été violés par le tribunal d'appel de Lyon, que son jugement ne pourrait être cassé que pour contravention formelle à une loi expresse, et qu'aucune loi expresse ne se trouve en opposition directe avec son jugement?

» Mais n'est-ce pas une loi bien expresse, que l'art. 55 de l'ordonnance de Moulins, qui veut que les *jugemens condamnatoires* ne puissent être prouvés que par eux-mêmes? N'est-ce pas une loi bien expresse, que l'art. 9 de la loi du 19 floréal an 2, suivant lequel tout jugement non exécuté, qui n'est représenté ni en minute ni en expédition ou copie authentique, doit être *considéré comme n'ayant jamais existé?* N'est-ce pas une loi bien expresse, que l'art. 554 du Code des délits et des peines, qui renouvelle cette disposition véritablement sacrée? N'est-ce pas une loi bien expresse, que l'art. 17 du tit. 17 de l'ordonnance de 1670, qui, par cela seul qu'il exige un procès-verbal d'exécution à la suite des jugemens de mort par contumace, annonce assez que l'exécution de ces sortes de jugemens ne peut être prouvée que par un procès-verbal dressé dans la forme qu'il détermine? Ne sont-ce pas des lois bien expresses, que ces décisions du droit romain, c'est-à-dire, du droit municipal de Lyon, qui réputent comme non-avenus à l'égard des tiers, les jugemens dans lesquels ils n'ont pas été parties; qui défendent d'opposer aux tiers des actes dans lesquels ils n'ont point parlé; qui déclarent incapables de faire foi contre les tiers, des titres simplement référés dans des contrats qui leur sont étrangers?

» Eh bien! Toutes ces lois ont été méprisées par le tribunal d'appel de Lyon: le tribunal d'appel de Lyon les a toutes violées; et

Digitized by Google

toutes réclament l'annullation de son jugement.

» Nous estimons, en conséquence, qu'il y a lieu d'admettre la requête des demandeurs».

Ces conclusions ont été adoptées par arrêt du 29 frimaire an 12, au rapport de M. Liger-Verdigny.

Mais la cause portée à la section civile, il y est intervenu, le 26 thermidor an 12, sur délibéré, au rapport de M. Cochard et contre l'avis de plusieurs magistrats, un arrêt par lequel,

« Considérant, sur le premier moyen de cassation proposé par les demandeurs, que la nation n'ayant point accepté la Succession d'Adrienne Decoloni, et le préfet n'ayant aucun intérêt dans l'instance où les demandeurs l'avaient appelé, le procureur général n'avait pas à développer ses moyens, ni l'arrêt à les déduire;

» Considérant, sur le deuxième moyen, que l'arrêt ayant décidé la question principale de manière à rendre inutiles toutes celles que le tribunal d'appel s'était proposées subsidiairement, il n'était pas nécessaire qu'il s'en occupât;

» Considérant, sur le troisième moyen, que le tribunal n'ayant décidé la cause en sections réunies, que d'après un arrêté antérieur et général, qui n'avait pas été désapprouvé par les autorités supérieures, il ne peut y avoir de nullité de sa part à l'avoir exécuté dans cette cause particulière;

» Considérant, sur les quatrième et cinquième moyens, que le tit. 15 du Code des délits et des peines ne parle que de la manière de procéder à l'égard d'un individu existant, contre lequel il a existé une procédure criminelle, ou qu'on prétend condamné par un jugement antérieur et non exécuté, et dont les pièces ou le jugement même se trouvent enlevés ou détruits; car si l'individu condamné par un jugement non exécuté, ou seulement poursuivi pour un crime, était déjà décédé, il n'y aurait plus lieu à poursuite criminelle contre lui; mais qu'ici il s'agit d'un individu décédé depuis 45 ans, et dont le jugement a si bien été exécuté de la manière qu'il devait l'être, que deux arrêts contradictoires ont jugé que sa mort civile avait daté du jour de son exécution par effigie, et non du jour de sa condamnation;

» Considérant que ni le Code des délits et des peines ni aucune autre loi n'ont dit que le procès-verbal d'exécution ne pût être suppléé dans les actes anciens, par des preuves équivalentes; que l'art. 55 de l'ordonnance de Moulins ne parle que des témoins vivans contre lesquels on objecterait des jugemens par conséquent rendus à une époque rapprochée, qui leur auraient fait perdre leur existence civile, et que la cour de cassation ne peut annuler un jugement que pour contravention à une loi formelle;

» Considérant d'ailleurs que la règle donnée par l'art. 554 du Code des délits et des peines, ne fait que renouveler un principe déjà bien connu et suivi dans la jurisprudence, savoir, qu'une condamnation ne peut être prouvée que par la représentation d'un jugement ou d'une expédition en forme de ce jugement, si la minute est perdue; mais que cette règle générale souffre une exception, lorsqu'il s'agit d'un jugement rendu depuis longtemps et toujours exécuté contre un individu décédé depuis longues années; qu'alors, à défaut du titre, la preuve qu'il a existé peut se faire par des énonciations contenues dans des actes anciens, et par son exécution même, et que la force de ces preuves est nécessairement laissée à l'arbitrage des juges; mais que les preuves se montraient dans le degré le plus capable de convaincre dans le cas actuel où il s'agit d'un jugement rendu depuis 69 ans, visé avec son exécution dans une multitude de pièces anciennes; où la condamnation même d'Antoine Desverneys a donné lieu à un arrêt célèbre qui a fixé la jurisprudence sur le point de savoir de quelle époque datait la mort civile; où il serait absurde de supposer que le parlement de Paris se fût occupé de fixer l'époque de cette mort civile d'Antoine Desverneys, sans que sa condamnation et son exécution eussent été constantes; où Antoine Desverneys a vu sa Succession contestée et adjugée devant lui, sans y opposer la moindre réclamation; où Henri, l'un de ses enfans, né avant la mort d'Étiennette, sa sœur, et par conséquent habile à lui succéder conjointement avec sa mère, n'a cependant point réclamé sa portion, parcequ'il était né après la mort civile encourue par son père; où tant ledit Henri que ses autres frères et sœurs nés après l'exécution, par effigie, de leur père, et déjà majeurs à l'époque de l'arrêt de 1779, qui adjugea le domaine du Charriot-d'Or à leur tante, ne se sont point opposés dans le temps à l'exécution de cet arrêt; où, enfin, c'est après 23 ans d'une jouissance paisible des défendeurs, et à l'âge de plus de 60 ans, que les demandeurs viennent, pour la première fois, élever des doutes sur l'existence du jugement de 1735 et de son exécution;

Digitized by Google

» Considérant que ce faisceau de preuves n'est point détruit par les moyens employés par les demandeurs; que l'art. 20 du tit. 25 de l'ordonnance de 1670 voulait bien que les jugemens fussent exécutés le même jour qu'ils auraient été rendus, mais qu'il ne prononçait pas la nullité de l'exécution si elle était faite après, ni que l'existence de ce procès-verbal dans une ancienne procédure ne pût être prouvée par d'autres actes; que rien n'est moins constant que la jouissance des droits civils de la part d'Antoine Desverneys après sa condamnation et son exécution par effigie; qu'enfin, les certificats délivrés par le greffier de l'Ain ne prouvent rien, parcequ'ils prouvent trop, en ce qu'ils attestent qu'il n'existe dans les registres de l'an 1735, aucune procédure criminelle contre Desverneys; tandis qu'il est bien certain que du moins il a été instruit contre lui à cette époque une procédure, et que, dès que cette procédure a été détruite ou soustraite, rien n'empêche de croire que le jugement et l'exécution ont pu être détruits ou soustraits de même;

» La cour rejette le pourvoi.... ».

§. XII. *Quel a été l'effet de l'émigration par rapport à la capacité de succéder?*

V. l'article *Émigré*, §. 15 et 17.

§. XIII. *L'enfant qui était conçu hors du mariage au moment où s'est ouverte la Succession d'un de ses parens collatéraux, acquiert-il des droits à cette Succession par l'effet de la légitimité dont l'investit le mariage contracté avant sa naissance, entre son père et sa mère?*

Cette question était pendante à la cour de cassation, lorsque je l'ai placée ici dans la deuxième édition de ce recueil; et j'ai annoncé en même temps qu'on la trouverait à l'article *Succession*, dans les *Additions* qui seraient imprimées à la fin du tome 5; mais le tome 5 ayant été publié avant que la question fût jugée, j'ai été obligé de la renvoyer à la 4e édition du *Répertoire de jurisprudence*, où on la trouvera sous le mot *Succession*, sect. 1, §. 2, art. 5.

§. XIV. *Les frères consanguins et les descendans des frères consanguins d'une personne qui n'a laissé ni enfans ni père ni mère, excluent-ils, de sa Succession, les parens collatéraux de la ligne maternelle? Et de même, les frères utérins et les descendans des frères utérins d'une personne qui n'a laissé ni enfans ni père ni mère, excluent-ils les parens collatéraux de la ligne paternelle?*

L'art. 250 du Code civil paraît ne laisser aucun doute sur l'affirmative: « en cas de » prédécès des père et mère d'une personne » morte sans postérité (dit-il), *ses frères ou* » *sœurs, ou leur descendans*, sont appelés à » la Succession, à l'exclusion des ascendans » et des autres collatéraux ». De quels frères, de quelles sœurs, est-il question dans cet article? Des *frères*, des *sœurs* en général, et par conséquent des frères ou sœurs d'un seul côté, comme des frères ou sœurs germains. Cet article est donc applicable aux premiers ni plus ni moins qu'aux seconds.

Cependant on oppose à cette doctrine des objections fort spécieuses. Voici notamment celles que je trouve dans un mémoire publié, il y a plusieurs années, dans une affaire qui était pendante au tribunal de première instance de Gand:

« Le Code civil, titre *des Successions*, chap. 3. *des divers ordres de Successions*, sect. 1, contient les *dispositions générales*.

» La troisième disposition générale de cette section se trouve dans l'art. 733, ainsi conçu: *Toute Succession échue à des ascendans ou à des collatéraux, se divise en deux parts égales, l'une pour les parens de la ligne paternelle, l'autre pour les parens de la ligne maternelle.*

» D'après cette seule disposition générale, un doute pourrait rester si le privilége du double lien est adopté ou rejeté, c'est-à-dire, si les parens germains représentant les deux lignes paternelle et maternelle, ont le privilége d'exclure les parens qui ne sont que d'une ligne seulement. C'est pour prévenir ce doute que le même article, dans sa seconde partie, ajoute: *Les parens utérins et consanguins ne sont pas exclus par les germains, mais ils ne prennent part que dans leur ligne....*

» Cette disposition générale, en déterminant que le double lien n'a point de privilége, statue en même temps que les parens utérins et consanguins ne succèdent que dans leur ligne.

» Mais l'art. 733 y met une exception: *sauf ce qui sera dit à l'art.* 752.

» Il faut donc, pour connaître quelle est cette exception, recourir à l'art. 752; le voici: *Le partage de la moitié ou des trois quarts dévolus aux frères et sœurs, aux termes de l'article précédent, s'opère entre eux par égales portions, s'ils sont tous du même lit; s'ils sont de lits différens, la division se fait*

Digitized by Google

par moitié entre les deux lignes paternelle et maternelle du défunt; les germains prennent part dans les deux lignes, et les utérins et consanguins, chacun dans leur ligne seulement; s'il n'y a de frères ou sœurs que d'un côté, ils succèdent à la totalité, à l'exclusion de tous autres parens de l'autre ligne.

» Mais comme cet article dit, *le partage de la moitié ou des trois quarts dévolus aux frères et sœurs,* AUX TERMES DE L'ARTICLE PRÉCÉDENT, il est évident que l'art. 752 n'est que la suite de l'art. 751, lequel porte sur le cas où le père et la mère, ou l'un deux seulement, concourent avec les frères et sœurs à la Succession de leur enfant prédécédé.

» Et de tout cela, il résulte que toute Succession se divise en deux parts égales, l'une pour la ligne paternelle, l'autre pour la ligne maternelle, sauf que cette division linéaire n'a pas lieu lorsque les père et mère ou l'un d'eux seulement concourent avec les frères et sœurs à la Succession du défunt.

» Il fallait, en effet, pour ce cas, une disposition particulière; car le père et la mère ou l'un d'eux succédant, en ce cas, pour la moitié ou pour un quart, le grand principe de la division linéaire qui affecte à chaque ligne la moitié de la Succession, ne pouvait plus recevoir d'application; et une règle spéciale était nécessaire pour déterminer comment seraient partagés la moitié ou les trois quarts restans.

» Et c'est l'art. 752 indiqué par l'art. 733, qui a prescrit le mode du partage pour ce cas spécial.

» Mais il devait arriver souvent que les frères ou sœurs utérins ou consanguins concourussent avec les père et mere, ou l'un d'eux, sans qu'il existât de frères ou sœurs germains; et qu'ainsi, dans le degré de frères, il n'y eût que l'une des lignes représentée. Il était donc indispensable de régler quelle portion dans la moitié ou les trois quarts restans, auraient les utérins ou consanguins; et c'est ce qui a été fait, en ces termes, par la dernière phrase de l'art. 752 : *S'il n'y a de frères ou sœurs que d'un côté, ils succèdent à la totalité, à l'exclusion de tous les autres parens de l'autre ligne.*

» La voilà donc bien clairement désignée l'exception à la règle générale posée dans l'art. 733, par les mots, *sauf ce qui sera dit à l'art.* 752, lequel, comme l'on voit, donne la totalité du restant aux utérins ou consanguins, à l'exclusion des parens de l'autre ligne.

» Nous disons *la totalité du restant,* et non *la totalité de la Succession :* car si les utérins ou consanguins avaient la totalité de la Succession, les père et mère ou l'un d'eux n'auraient rien; ce qui est directement contraire à l'art. 751.

» En effet, la phrase, *ils succèdent à la totalité, à l'exclusion de tous les autres parens de l'autre ligne,* comprend deux cas : 1° celui du concours des utérins et consanguins avec les père et mère ou l'un d'eux; 2° celui où les utérins et consanguins ne concourent pas avec les père et mère ou l'un d'eux.

» Or, s'il était vrai que le mot *totalité* désignât la totalité de la Succession, il s'ensuivrait que, dans l'un comme dans l'autre cas, les frères et sœurs utérins ou consanguins obtiendraient la totalité de la Succession; ce qui est évidemment faux, puisque l'art. 751 décide clairement que, *si les père et mère de la personne morte sans postérité lui ont survécu, ses frères et sœurs ou leurs représentans ne sont appelés qu'à la moitié de la Succession; et que, si le père ou la mère seulement a survécu, ils sont appelés à recueillir les trois quarts :* ce qui est inconciliable avec l'idée de leur attribuer, en tous cas, la totalité de la Succession.

» D'ailleurs en disant, *à l'exclusion de tous autres parens de l'autre ligne,* la loi fait clairement entendre par le mot *autres,* que cette exclusion n'est pas illimitée; et que le père ou mère survivant de l'autre ligne n'est pas exclu; de sorte que cette phrase revient au même que celle-ci : *à l'exclusion de tous autres que le père ou la mère de l'autre ligne.*

» Que les mots, *ils succèdent à la totalité,* signifient la totalité ou les trois quarts du restant, c'est ce que prouvent encore évidemment les termes, *la division se fait par moitié entre les deux lignes,* disposition dans laquelle il ne s'agit pas *de la moitié* de la totalité de la Succession, mais de la moitié de cette moitié ou de ces trois quarts dévolus aux frères et sœurs, *aux termes de l'article précédent.*

» Ainsi, le mot *totalité* n'est, dans cet article, relatif qu'au mot *moitié;* et comme les deux moitiés constituent cette totalité, il est clair que la *totalité* dont parle cet article, n'est que la totalité de ces moitiés ou de ces trois quarts de la Succession.

» Et si nous recherchons le motif pour lequel la loi a donné aux utérins ou consanguins, en cas de concours avec les père et mère ou l'un d'eux, la totalité de cette moitié ou de ces trois quarts, nous trouvons que c'est parceque, si elle eût disposé autrement, il serait souvent arrivé que ces frères et sœurs n'eussent pas obtenu la moitié de la totalité de la Succession.

» Car le père du défunt vivant encore, les

Digitized by Google

frères utérins n'auraient pas la moitié de la Succession; d'abord, le père emporterait un quart, et si la division linéaire devait avoir lieu, les trois quarts restans seraient partagés en deux moitiés, l'une pour la ligne paternelle, l'autre pour la ligne maternelle; de sorte que les utérins n'auraient que la moitié des trois quarts.

» Le législateur a donc considéré que, dans ce cas, le grand principe de division linéaire ne pouvant avoir lieu, et le père ayant déjà un quart de la Succession, il convenait d'attribuer tout le reste aux demi-frères, plutôt que d'aller rechercher d'autres parens plus éloignés.

» Mais le motif qui a forcé, pour ce cas spécial, de favoriser les demi-frères, ne se rencontre pas, quand il n'existe ni père ni mère du défunt; rien n'empêche donc alors de donner une application entière au grand principe de la division linéaire.

» Que ce soit là véritablement l'intention du législateur, c'est ce qui résulte des élémens du Code civil, c'est-à-dire, du projet du Code même.

» Au livre 3, tit. 1, chap. 3, sect. 1re, *dispositions générales*, art. 27, il est dit : *Néanmoins toute Succession échue à des ascendans ou à des collatéraux, se divise en deux parts égales, l'une pour les parens de la ligne paternelle, l'autre pour les parens de la ligne maternelle, sauf les deux cas énoncés aux art.* 46 *et* 47, *ci-après;* disposition qui est reproduite dans l'art. 743 du Code.

» En examinant les art. 46 et 47, on trouve le cas où les père et mère, ou l'un d'eux, concourent à la Succession avec les frères et sœurs du défunt, de la même manière que cela a lieu dans l'art. 752 du Code.

» La *rubrique* qui précède les art. 46 et 47, est ainsi conçue : *De la Succession des ascendans, dans le cas où le défunt laisse des frères et sœurs ou des descendans d'eux.*

» L'art. 46 porte : *lorsque le défunt a laissé des frères et sœurs ou des descendans d'eux, ils excluent tous les ascendans autres que le père et la mère, encore que lesdits frères et sœurs ne soient que des consanguins ou utérins. — La Succession se divise en deux portions égales, dont une moitié est déférée au père et à la mère, qui la partagent entre eux également, et l'autre moitié est déférée aux frères ou sœurs ou descendans d'iceux.*

» L'art. 47 ajoute : *si le père ou la mère est prédécédé, le quart qui lui aurait appartenu, se réunit à la moitié qui est déférée aux frères et sœurs ou à leurs descendans, lesquels ont, en ce cas, les trois quarts de la Succession.*

» Les art. 46 et 47 indiqués par l'art. 27 du projet du Code, pour exception de la règle générale de la division linéaire, sont devenus les art. 751 et 752 du Code civil décrété.

» En examinant ensuite le projet du Code, relativement au cas où les frères et sœurs viennent à la Succession sans père ou mère du défunt, on s'aperçoit d'abord que les frères ou sœurs utérins ou consanguins ne prennent part que dans la moitié attribuée à leur ligne.

» Voici quelles sont, sur ce cas, ses dispositions :

» Section V. *Des Successions collatérales.*

» *Art.* 49. *Si le défunt ne laisse ni descendans, ni père ni mère, la Succession est déférée en premier ordre et en entier aux frères et sœurs germains survivans et descendans d'eux.*

» *Art.* 50. *Le double lien n'a pas le droit d'exclure;* LA SUCCESSION SE DIVISE TOUJOURS EN DEUX PARTS, *la moitié pour la ligne paternelle, l'autre moitié pour la ligne maternelle; les frères et sœurs germains prennent leur part dans l'une et l'autre moitié; les consanguins et utérins* NE LA PRENNENT QUE DANS LA MOITIÉ ATTRIBUÉE A LEUR LIGNE.

» Une autre réflexion va encore éclaircir l'esprit et l'intention du législateur.

» La loi du 17 nivôse an 2 n'avait pas, dans son 89e article, décidé si les demi-frères devaient prendre, dans les Successions, une part égale aux germains, et si, à défaut de germains, ils succéderaient également dans l'autre ligne.

» En conséquence, il fut proposé à la Convention nationale, *d'expliquer si le frère utérin et consanguin doit, d'après les nouveaux principes, prendre, dans la Succession de son frère, une part égale à celle qu'y prendra le frère germain en cas de concours; et si, dans l'absence de frères germains et de tous descendans d'eux, il prendra, non seulement la moitié affectée à sa ligne, mais encore la moitié affectée à l'autre ligne, au préjudice des ascendans qui pourraient appartenir à cette dernière ligne.*

» Et par l'art. 51 de la loi du 22 ventôse an 2, il fut répondu *que l'abolition du double lien doit être sainement entendue; qu'il en résulte bien que le frère germain n'exclud pas généralement, comme par le passé, l'utérin ou le consanguin, mais qu'en restituant à celui-ci ses droits naturels, la loi n'a ni pu ni dû les étendre; qu'ainsi, et dans tous les cas, la Succession se divisant en deux parts, il aura un droit égal à celui du frère germain dans la moitié affectée à sa ligne, mais ne concourra pas avec ce dernier dans les biens de l'autre ligne, à laquelle il est étranger, non plus qu'il*

Digitized by Google

n'y succédera quand il n'y aurait que des ascendans ou même des oncles ou grands-oncles; le droit de succéder d'une ligne à l'autre ne commençant que là où les parens de l'une des deux manquent, selon que le tout résulte de la loi du 17 nivôse.

» En cas de doute, ne doit-on pas supposer que le même esprit a dirigé le législateur, lorsqu'il a interprété une loi obscure, et lorsqu'il a fait une loi nouvelle? Ne doit-on pas présumer que le législateur a suivi, dans le Code civil, les mêmes principes qu'il avait adoptés en l'an 2? Et peut-on croire qu'il les ait changés, sans que les discussions du conseil d'état et les discours des orateurs du gouvernement en aient fait une mention quelconque; enfin sans une disposition bien claire et positive »?

Tels sont les principaux argumens que l'on emploie pour soutenir que les frères et sœurs d'un seul côté ne peuvent, à défaut du père et de la mère du défunt, prétendre qu'aux biens de leur ligne.

Mais écoutons la réponse qu'y a faite M. Chabot, dans son commentaire sur le titre des *Successions* du Code :

« 1° Suivant les art. 746, 748 et 749 (dit-il), les ascendans ne sont appelés à succéder, que lorsqu'il n'existe ni frère ni sœur du défunt, ni descendans de frères ou sœurs; il n'y a d'exception qu'en faveur des père et mère. De même, suivant les art. 750, 751, 752 et 753, tant qu'il existe des frères ou sœurs, ou descendans d'eux, les autres collatéraux ne sont pas appelés, *et aucun des articles cités ne distingue si les frères et sœurs sont utérins ou consanguins.* Il est donc certain que le législateur a voulu placer tous les frères et sœurs en *général*, même les utérins ou consanguins, ainsi que tous leurs descendans, sur une ligne plus favorable que tous les autres parens, à l'exception seulement des père et mère.

» Mais on résiste à cette intention formelle du législateur, si on applique aux frères et sœurs la bipartition établie par l'art. 733, puisqu'en ce cas, ils doivent être souvent appelés en concours avec des parens très-éloignés.

» L'art. 733 règle bien en général les Successions échues aux ascendans et aux collatéraux; mais l'exception en faveur des frères et sœurs, ainsi que de leurs descendans, se trouve dans tous les articles que nous avons cités, notamment dans l'art. 750.

» Et ce qui prouve encore, de la manière la plus évidente, que le législateur a eu la volonté d'admettre l'exception, même en faveur des frères et sœurs *d'un seul côté*, c'est que, dans le projet du Code, art. 49 du titre *des Successions*, correspondant à l'art. 750 du Code civil, on avait placé le mot *germains*, après les mots *frères et sœurs*; de sorte que, dans le sens de cet article, les frères et sœurs germains étaient les seuls qui eussent le droit d'exclure tous les autres parens; et qu'au contraire, dans la rédaction de l'art. 750, on a supprimé le mot *germains*, suppression qui ne peut avoir eu d'autre motif que de généraliser la disposition, et de l'étendre aux frères et sœurs d'un seul côté, comme aux frères et sœurs germains.

» 2° Il ne peut être raisonnable de soutenir que le Code civil qui, par l'art. 752, accorde au frère d'un seul côté les trois-quarts de la Succession, lorsqu'il est en concours avec le père ou avec la mère du défunt, n'ait voulu lui accorder que la *moitié* de cette même Succession, lorsqu'il ne se trouve en concours qu'avec un parent bien plus éloigné que le père et la mère; en sorte qu'il aurait plus de bénéfice à partager avec le père ou avec la mère du défunt, qu'avec un aïeul, avec un grand-oncle, avec un cousin, *même au dernier des degrés successibles*, et que ce cousin aurait, en concours avec le frère utérin ou consanguin, la moitié de la Succession, pendant que le père ou la mère, qui mérite cependant plus de faveur, n'aurait que le quart.

» Supposer que la loi ait voulu donner une portion plus forte à un parent très-éloigné, qu'au père ou à la mère du défunt; supposer qu'elle ait voulu donner plus au frère d'un seul côté, lorsque le père ou la mère a survécu, que dans le cas où, l'un et l'autre étant morts, il ne se trouve que des arrière-petits-cousins jusqu'au douzième degré, ce serait évidemment prêter à la loi une injustice et une absurdité qui contrarieraient tout le système que nous avons développé jusqu'à présent, et ne permettraient plus de dire que l'ordre des Successions se trouve établi sur l'ordre même des affections naturelles et légitimes.

» Tels sont les motifs qui ont déterminé le plus grand nombre des jurisconsultes en faveur de l'opinion qui attribue aux frères et sœurs d'un seul côté, ainsi qu'à leurs descendans, la totalité de la Succession, sans aucune division entre les deux lignes, lorsque le défunt n'a laissé ni postérité, ni père, ni mère, ni frères ou sœurs *germains*, ou descendans d'eux.

» Cette opinion se trouve confirmée par la décision de trois tribunaux, celui de Château-

Digitized by Google

dun, dont le jugement est du 6 pluviôse an 12, celui de Gand, dont le jugement est du 14 ventôse même année, et celui de Bruxelles, dont l'arrêt est du 28 thermidor suivant, et a été rendu après une discussion solennelle.

» Il faut donc tenir pour règle constante, d'après les art. 750 et 752 du Code, que la division linéaire n'a pas lieu, lorsqu'il y a des frères ou sœurs, même d'un seul côté, ou des descendans d'eux, et qu'il ne se trouve ni frères ou sœurs *germains*, ni descendans d'eux. Seulement, dans le cas de l'art. 752, c'est-à-dire, lorsque le père et la mère ont survécu, ou l'un d'eux, ils prennent d'abord la part qui leur est attribuée dans la Succession; mais, dans ce cas, tout le surplus des biens, et, lorsqu'il n'y a ni père ni mère, la totalité de la Succession, appartiennent aux frères et sœurs, même d'un seul côté, ainsi qu'à leurs descendans, sans division ni partage entre les deux lignes.

» En un mot, tel est le privilége de la fraternité *en général*, que, dans tous les cas, elle exclud tous les parens de l'une et de l'autre ligne qui ne peuvent représenter des frères ou sœurs, et tous les ascendans soit paternels, soit maternels, à l'exception seulement des père et mère du défunt ».

Telle est aussi l'opinion de M. Maleville, dans son *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au conseil d'état :*

« L'art. 750 (dit-il) parle des frères et sœurs en général; elle comprend donc aussi bien les consanguins et utérins que les germains, dès qu'elle ne les désigne pas autrement. Il est même démontré qu'elle a entendu les comprendre tous, puisque, dans l'art. 752, elle règle le cas auquel ces frères se trouveraient de divers lits. Ils est donc incontestable que, tant les frères et sœurs consanguins et utérins que les germains, excluent tous autres collatéraux, et tous les ascendans autres que les père et mère; et qu'ils prennent toute la Succession.

» N'importe que l'art. 733 ait dit que toute Succession se divise en deux parts, et que les parens consanguins et utérins ne prennent part que dans leur ligne, sauf ce qui serait dit en l'art. 752. Cette induction n'est qu'un raisonnement qui doit disparaître devant la disposition de l'art. 750 qui veut que les frères et sœurs succèdent seuls, à l'exclusion de tous ascendans et collatéraux ».

Ajoutons que la cour de cassation a consacré cette opinion par un arrêt dont voici l'espèce.

En 1806, Jean-Baptiste Olivier est mort sans enfans ni ascendans.

Ses plus proches parens étaient, du côté paternel, Joseph Dehagnin, fils de sa sœur consanguine, décédée avant lui; et du côté maternel, les frères et sœur Blauwart, ses cousins et sa cousine.

Question de savoir à qui doit appartenir la Succession.

Joseph Dehagnin la réclame tout entière, en qualité de descendant d'une sœur consanguine du défunt.

Les frères et sœur Blauwart en demandent la moitié qu'ils prétendent être affectée à leur ligne, Joseph Dehagnin ne pouvant, selon eux, et d'après l'art. 733 du Code civil, prendre part que dans la ligne paternelle.

Le 30 mars 1808, jugement du tribunal civil de Valenciennes, qui adjuge à Joseph Dehagnin la totalité de la Succession, « attendu qu'aux termes de l'art. 750 du Code, » en cas de prédécès des père et mère d'une » personne morte sans postérité, ses frères » ou sœurs ou leurs descendans sont exclusivement appelés à lui succéder, et que cet » article ne fait aucune distinction entre les » frères et sœurs germains, et les frères et » sœurs consanguins ou utérins ».

Appel; et le 3 novembre suivant, arrêt de la cour de Douai qui, « adoptant les motifs » des premiers juges, met l'appellation au » néant ».

Les frères et sœur Blauwart se pourvoient en cassation, et dénoncent cet arrêt comme appliquant à faux l'art. 750, et violant l'art. 733.

Par arrêt du 27 décembre 1809, au rapport de M. Zangiacomi,

« Considérant qu'aux termes de l'art. 750 du Code civil, lorsqu'un individu meurt sans postérité, et sans père ni mère, ses frères et sœurs ou leurs descendans sont appelés à la Succession, à l'exclusion des autres collatéraux;

» Que cet article parlant indistinctement des frères et sœurs, comprend nécessairement les germains, les consanguins et les utérins;

» Que l'on peut d'autant moins en douter que, dans le projet du Code civil, cet article avait été restreint aux frères et sœurs *germains;* et que ce mot *germains* supprimé lors de la discussion, ne se trouve plus dans le texte de la loi;

» Que vainement on oppose que des frères et sœurs consanguins et utérins n'appartiennent qu'à la ligne paternelle ou maternelle; et qu'aux termes de l'art. 733, les Successions collatérales doivent être partagées également entre ces deux lignes;

Digitized by Google

» Que, dans la nécessité de concilier cet art. 733 avec la disposition claire et évidente du 750e, il faut indispensablement admettre que le premier de ces articles est modifié par le second; qu'ainsi, le partage entre les deux lignes, établi en principe général, cesse d'avoir lieu, lorsque des frères consanguins ou utérins se présentent à une Succession collatérale, sans concours avec des germains, et que ces deux dispositions se concilient, comme la règle avec l'exception;

» Que c'est vainement encore qu'argumentant de quelques mots de l'art. 733, on oppose que cet article n'est soumis qu'à la seule exception contenue en l'art. 752, et que c'est mal à propos qu'on en cherche une seconde dans l'art. 750;

» Qu'il résulte de ce qui precède, que l'art. 750 dispose comme le 752e, par exception à l'art. 733; qu'étant impossible d'entendre l'art. 750 dans un sens autre que celui-ci-dessus expliqué, on ne peut, sous aucun prétexte, en éluder l'application;

» Qu'enfin, il résulte de l'art. 752, qu'en cas de concours avec le père ou avec la mère du défunt, les frères consanguins ou utérins recueillent les trois quarts de la Succession, sans partage avec les collatéraux; que, si, cette disposition n'est pas textuellement applicable à l'espèce actuelle, l'esprit dans lequel elle a été rédigée, prouve du moins qu'il a été dans l'intention du législateur, de favoriser d'une manière particulière les frères et sœurs, même lorsqu'ils sont de différens lits, et de leur donner, dans tous les cas, le droit d'exclure les autres collatéraux; qu'il serait, en effet, contraire à la raison et à la justice, qu'en cas de survie du père ou de la mère du défunt, le frère utérin ou consanguin recueillît les trois quarts de la Succession, à l'exclusion de tous les collatéraux même les plus proches; et qu'en cas de prédécès du père et de la mère du défunt, il n'eût que moitié de la Succession, et que l'autre moitié fût, à son préjudice, dévolue à des collatéraux qui pourraient n'être qu'au douzième degré;

» La cour rejette le pourvoi... ».

§. XV. 1° *Quelle est, en France, d'après le traité de commerce du 22 janvier 1787, l'autorité des jugemens rendus par les tribunaux russes, entre deux Français, se disputant, comme héritiers d'un Français mort en France, des biens mobiliers qui se trouvent en Russie?*

2° *La règle de droit qui veut que les meubles suivent en Succession la loi du domicile du défunt, est-elle applicable au cas où le défunt ayant eu son domicile dans une souveraineté, a laissé des meubles dans une autre?*

Je dois répéter, sur ces questions, la même observation que j'ai faite au §. 13, sur celle qui y est présentée. *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Jugement*, §. 7 *bis*.

§. XVI. *Avant la loi du 17 nivôse an 2, les biens que le défunt avait recueillis comme dernier appelé à une substitution fidéicommissaire, fondée par un parent collatéral, devaient-ils, dans la coutume du chef-lieu de Mons, être partagés dans sa Succession comme propres; ou devaient-ils l'être comme acquêts?*

V. l'article *Condition de manbournie*, §. 1.

§. XVII. *La demande en restitution d'une somme que le défendeur a touchée en qualité d'héritier, et que le demandeur soutient lui appartenir, sur le fondement que c'est lui qui est héritier, doit-elle être considérée commme une pétition d'hérédité? Le jugement qui intervient sur cette demande, a-t-il l'autorité de la chose jugée pour le surplus de la Succession? Un pareil jugement peut-il être rendu en dernier ressort par un tribunal de première instance?*

V. l'article *Héritier*, §. 8.

§. XVIII. *Avant le Code civil, celui qui, étant majeur, avait une fois fait acte ou pris la qualité d'héritier, pouvait-il ensuite être admis à répudier la Succession?*

V. l'article *Héritier*, §. 2.

§. XIX. *La disposition de l'art.* 136 *du Code civil est-elle applicable aux absens qui ne sont que présumés, aussi bien qu'à ceux dont l'absence est déclarée par un jugement; et en conséquence ceux qui, du chef d'un absent présumé, prétendent exercer des droits sur une Succession ouverte depuis sa disparition, doivent-ils être déclarés non-recevables, tant qu'ils ne prouvent pas qu'il existait au moment de l'ouverture de cette Succession?*

J'ai rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Absent*, n° 3, quatorze

Digitized by Google

arrêts de cours royales et deux de la cour de cassation, qui consacrent l'affirmative.

On l'a cependant encore contestée depuis devant la cour supérieure de justice de Bruxelles, mais inutilement. Voici l'espèce :

Le sieur Jacobeus, créancier de Philippe Benoît, absent depuis plusieurs années, fait saisir et arrêter, entre les mains de la veuve Benoît, sa mère, tous les deniers appartenant à cet individu, desquels elle peut être détentrice, et il l'assigne en déclaration devant le tribunal de première instance d'Anvers.

La veuve Benoît déclare n'avoir entre les mains rien que ce soit appartenant à son fils.

Le sieur Jacobeus prétend que cette déclaration n'est pas sincère, et il conclud à ce qu'il soit ordonné à la veuve Benoît de lui communiquer l'inventaire qui a dû être dressé après la mort du sieur Benoît père, afin qu'il puisse connaître ce qui est échu, dans la Succession de celui-ci, à son débiteur.

La veuve Benoît répond que cette Succession ne s'est ouverte que plusieurs années après la disparition de son fils; qu'ainsi, suivant l'art. 136 du Code civil, elle a été légalement dévolue à ceux qui y étaient appelés à son défaut; que, dès-lors, ses créanciers n'y peuvent rien prétendre de son chef, sans prouver qu'il a survécu à son père; et que par conséquent le sieur Jacobeus est, dans l'état des choses, non-recevable à demander la communication de pièces qui lui sont tout-à-fait étrangères.

Le sieur Jacobeus réplique que cela serait bon, si l'absence de son débiteur eût été déclarée par un jugement; mais qu'elle ne l'a point été; et que, dès-là, ce n'est point à l'art. 136 qu'il faut s'attacher, mais uniquement à l'art. 129, duquel il résulte que l'absent est censé exister jusqu'à ce qu'il se soit écoulé cent ans révolus depuis sa naissance.

Jugement qui, adoptant le système du sieur Jacobeus, ordonne que l'inventaire de la Succession du sieur Benoît père, lui sera communiqué.

Appel de la part de la veuve Benoît; et par arrêt du 27 juin 1829,

« Attendu que la demande de l'intimé, tendant à obtenir une copie authentique de l'inventaire fait à la mortuaire de Charles Benoît, est uniquement fondée sur ce que Philippe Benoît, fils du même Charles, aurait actuellement quelque droit ou part dans la Succession de feu son père;

» Attendu, quant à ce point, que l'appelante, devant le premier juge et en appel devant la cour, a non seulement soutenu que Philippe Benoît est absent, mais que, de plus, elle a aussi, en tant que de besoin, méconnu son existence;

» Attendu que, dans cet état de choses, le premier juge n'a pu appliquer les dispositions de l'art. 129 du Code civil, et se fonder sur ce qu'un absent, à l'égard des tiers, est censé vivre cent ans révolus;

» Que cet article se trouve sous la sect. 1, chap. 3, liv. 1, tit. 4 du Code civil, section qui est intitulée: *des effets de l'absence relativement aux biens que l'absent possédait au jour de sa disparition;*

» Qu'il suit clairement de là que les dispositions de l'art. 129 ne sont applicables que lorsqu'il s'agit de biens que l'absent possédait au jour de sa disparition;

» Attendu qu'il ne s'agit point, dans l'espèce, de biens que l'absent possédait déjà lors de sa disparition, mais seulement de biens qu'il aurait acquis par le décès de son père, après une absence d'environ dix ans;

» Attendu qu'il résulte suffisamment de là que ce sont les dispositions des art. 135 et 136 du Code civil qui doivent ici être appliquées;

» Que ces articles se trouvent dans la sect. 2 du chap. 3, ayant pour rubrique: *des effets de l'absence relativement aux droits éventuels qui peuvent compéter à l'absent;*

» Qu'il s'agit ici de droits qui compéteraient à l'absent par suite du décès de son père;

» Que l'art. 136, qui n'est qu'une conséquence du principe établi par l'art. 135, veut que, s'il s'ouvre une Succession à laquelle soit appelé un individu dont l'existence n'est pas reconnue, elle soit dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut;

» Attendu, en ce qui concerne les art. 135 et 136 précités, qu'il n'est pas nécessaire que la personne dont l'existence n'est pas reconnue, soit déclarée judiciairement absente, vu qu'aucun de ces deux articles n'exige cette condition, et qu'ils se contentent l'un et l'autre de la seule condition que l'existence soit méconnue, ce qui résulte suffisamment aussi de la discussion qui a eu lieu au conseil d'état;

» De tout quoi il suit que l'intimé, qui réclame un droit échu à Philippe Benoît fils, du chef du décès du père de ce dernier, doit, d'après l'art. 135 précité, être déclaré non-recevable en sa demande, aussi longtemps que l'existence de Philippe Benoît à l'époque de l'ouverture de la Succession de son père,

Digitized by Google

n'est pas reconnue par l'appelante ou n'est pas prouvée par lui intimé;

» Attendu que les pièces produites par l'intimé, loin de fournir la preuve que Philippe Benoit existait encore au décès de son père, établissent bien plutôt le contraire; et qu'ainsi, l'intimé est resté en défaut d'administrer la preuve que la loi lui imposait;

» Par ces motifs, la cour, ouï M. le substitut Duvigneaud, en son avis conforme, met le jugement dont appel au néant; émendant, dit que l'appelante doit passer, quant à présent, moyennant la déclaration qu'elle a faite au greffe du tribunal civil d'Anvers; déclare l'intimé non-recevable dans ses conclusions prises devant le premier juge, et qui tendent à obtenir une copie authentique de l'inventaire fait à la mortuaire de Charles Benoit... (1) ».

§. XX. 1° *Appartient-il quelque droit, dans la Succession de sa prétendue mère naturelle, à l'enfant qui ne prouve pas sa filiation par une reconnaissance authentique émanée d'elle même, mais seulement par des actes auxquels elle n'a pris aucune part, et par des faits personnels à son héritier?*

2° *Les héritiers d'une femme qui l'ont reconnue mère d'un enfant naturel, et par l'acte de décès de cet enfant, en l'y qualifiant de fils naturel de la défunte, et par la déclaration qu'ils ont faite de sa Succession à l'administration de l'enregistrement, en y comprenant des biens qu'ils croyaient lui avoir été transmis à titre successif par sa prétendue mère, sont-ils recevables, lorsque l'État vient réclamer ces biens par droit de déshérence, à soutenir et faire juger qu'il n'y a eu aucun droit?*

Sur la première question, la négative résulte clairement des principes que j'ai établis sur cette matière, dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Succession*, sect. 2, §. 2, n° 3; et voici une espèce dans laquelle un arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles l'a ainsi jugé en même temps qu'il a résolu la seconde question pour l'affirmative.

Le 24 nivôse an 9, acte de naissance de Pierre Verhoest, présenté à l'état civil par sa nourrice, comme *fils naturel de Jeanne Verhoest*, qui exploitait à Ostende, avec Hélène Verhoest, sa sœur, une auberge connue sous le nom de *Maison des bateliers*.

Jeanne Verhoest meurt en 1814, sans avoir fait aucune reconnaissance de maternité en faveur de Pierre Verhoest.

Le 18 décembre 1820, acte de décès de Pierre Verhoest, dressé sur la déclaration de Charles et Jacob Verhoest, frères de Jeanne, qui le qualifient de *fils naturel* de feue leur sœur Jeanne.

Le 1er janvier 1821, Charles, Eugène, Jacob et Hélène Verhoest font à la régie de l'enregistrement la déclaration de la Succession de Pierre Verhoest, et y énoncent qu'elle se compose de la moitié des meubles de l'auberge occupée par Hélène, lesquels avaient appartenu en commun à celle-ci et à sa sœur Jeanne.

Peu de temps après, l'administration des domaines revendique cette portion du mobilier de l'auberge, comme dévolue à l'État par voie de déshérence.

Hélène Verhoest combat cette prétention, et soutient que Pierre Verhoest n'était pas le fils de sa sœur Jeanne; que l'eût-il été, il n'aurait pu, aux termes de l'art. 756 du Code civil, rien prétendre dans la Succession de sa prétendue mère, puisqu'elle ne l'avait pas reconnu.

Le 26 janvier 1823, jugement du tribunal de première instance de Bruges, qui accueille la demande de l'administration,

« Attendu qu'il est pleinement prouvé au procès, que Pierre Verhoest n'a laissé à son décès, ni ascendans, ni descendans, ni frères, ni sœurs légitimes ou illégitimes, ni descendans d'eux, ni enfin d'épouse survivante; d'où il suit, qu'en vertu des art. 766, 767 et 768 du Code civil, la Succession dudit Pierre Verhoest appartient à l'État par droit de déshérance;

» Attendu qu'Hélène Verhoest ayant fait elle-même la déclaration de la Succession du défunt, dans laquelle elle a compris les biens comme appartenant à ladite Succession, elle ne peut, aujourd'hui, nier ce qu'elle a reconnu précédemment; que c'est en vain qu'elle prétend que cette déclaration de sa part serait le résultat d'une erreur de fait quelconque, mais qu'il s'agissait uniquement de savoir si le défunt pouvait partager la Succession de sa mère, ce qui constituait un simple point de droit, de sorte que l'aveu, à cet égard, est irrévocable, aux termes de l'art. 1356 du Code civil.... ».

(1) Jurisprudence de la cour supérieure de justice de Bruxelles, année 1829, tome 1er, page 59.

Digitized by Google

Mais sur l'appel d'Hélène Verhoest, arrêt du 25 juin 1825, par lequel,

« Attendu que Pierre Verhoest étant décédé sous l'empire du Code civil, sans laisser de parens habiles à succéder, ni d'enfans naturels, ni d'épouse survivante, sa Succession est, d'après la loi, dévolue à l'État;

» Attendu que, pour établir que les meubles dont s'agit feraient partie de cette Succession, l'administration intimée base son action, en premier lieu, sur la déclaration de la Succession de Pierre Verhoest faite par l'appelante; et, en second lieu, sur les droits auxdits objets qui appartiendraient au même Pierre Verhoest, comme fils naturel de la feue Jeanne Verhoest, sœur de l'appelante;

» Attendu, en ce qui concerne le premier moyen, que cette déclaration avait pour but le paiement des droits auxquels elle était obligée comme héritière du défunt, et, qu'ainsi, l'administration, qui prétend aujourd'hui avoir seule quelques droits, à l'exclusion de l'appelante, sur ladite Succession, ne peut invoquer cette déclaration dans le but de prouver que les biens en question ont fait partie de la même hérédité;

» Attendu d'ailleurs que l'on doit conclure, en règle générale, des art. 1109, 1131, 1235 et 1377 du Code civil, que celui qui s'est obligé par erreur, a le droit de se rétracter, en prouvant son erreur; que la loi ne fait aucune différence entre l'erreur de fait et l'erreur de droit; que l'exception introduite, à cet égard, par l'art. 1356 du Code civil, ne concerne que l'aveu judiciaire, et ne peut, dès-lors, être étendue à l'aveu extrajudiciaire; qu'au contraire, cette exception particulière confirme la règle dans tous les cas non exceptés par la loi;

» Attendu que le déclaration invoquée par l'administration, est un acte extrajudiciaire, et qu'il est constant qu'elle n'est que la suite de l'erreur dans laquelle versait alors l'appelante, soit en fait, soit en droit, en croyant que Pierre Verhoest avait acquis les biens en question, à titre héréditaire de Jeanne Verhoest; qu'ainsi, l'appelante pouvait, comme elle l'a fait, rétracter cet aveu; de tout quoi il résulte que ce premier moyen n'est pas fondé;

» En ce qui touche le second moyen,

» Attendu que Jeanne Verhoest est décédée en 1814, sans qu'il ait été allégué au procès qu'elle aurait, d'une manière quelconque, reconnu son prétendu fils naturel, soit dans son acte de naissance, soit par tout autre acte postérieur, et que Pierre Verhoest est venu à mourir plusieurs années après, sans avoir fait aucune perquisition pour savoir qui pouvait être sa mère; qu'ainsi, ledit Pierre Verhoest n'a jamais acquis le moindre droit contre Jeanne Verhoest, sa prétendue mère naturelle, soit en vertu d'une reconnaissance volontaire, soit par suite d'une reconnaissance forcée;

» Attendu qu'il résulte de l'art. 334 du Code civil, que la reconnaissance volontaire d'un enfant naturel ne peut se faire que par acte authentique, lorsqu'elle n'a pas eu lieu dans l'acte de naissance; que l'art. 338, en disant que les droits des enfans naturels seront réglés au titre *des Successions*, ne parle que de ceux légalement et volontairement reconnus, dont il avait déjà été parlé à l'art. 334; qu'en effet, l'art. 756 au titre *des Successions* détermine le droit que la loi accorde aux enfans naturels légalement reconnus, sur les biens de leurs père ou mère décédés; qu'ainsi, la disposition de ce dernier article est en harmonie avec celles des articles susdits 338 et 334, et par une conséquence ultérieure, que ce n'est qu'aux enfans naturels légalement et volontairement reconnus, qu'il est accordé un droit quelconque sur les biens de leur père ou mère décédés, tandis que les enfans naturels forcément reconnus en justice, dans les cas prévus par les art. 340 et 341, n'obtiennent, par là, le droit de parenté, qu'à l'égard des personnes déclarées forcément leur père ou mère, et le droit qui en dérive, de pouvoir exiger d'eux des moyens de subsistance; que ces principes sont confirmés par les discussions qui ont eu lieu, sur cette partie, au conseil d'état de France;

» De tout quoi il résulte que, dans la supposition même que la recherche de la maternité fût permise à une autre personne que l'enfant, et même pour une époque postérieure au décès de celui-ci, en tout cas cette recherche serait ici sans utilité pour l'administration, intimée, puisque, s'il était déclaré en justice que Jeanne Verhoest était la mère naturelle de Pierre Verhoest, cette déclaration judiciaire ne pourrait attribuer aucun droit sur les biens litigieux, audit Pierre Verhoest qui n'avait jamais été reconnu légalement et volontairement, ni par suite à l'État, qui veut exercer les droits de ce dernier;

» Par ces motifs, la cour, ouï M. l'avocat-général Destoop, au nom du procureur général, met le jugement dont appel au néant; émendant, déclare que l'administration intimée n'a établi aucun droit dans son chef sur tout ou partie des objets mobiliers, provisions

Digitized by Google

et effets qui se trouvaient dans la *Maison des bateliers*, à Ostende, à la date du 7 janvier 1822 et dont il s'agit au procès (1) ».

§. XXI. *Autres questions sur cette matière.*

V. les articles *Absent*, *Adoption*, *Aînesse*, *Bénéfice d'inventaire*, *Confiscation*, §. 2; *Dévolution coutumière*, *Effet rétroactif de la loi du 17 nivôse an 2*, *Émigré*, §. 15; *Enregistrement (droit d')*, *Féodalité*, §. 3 et 5; *Filiation*, *Héritier*, *Hypothèque*, §. 4 *bis*, nos 5 et 6; *Institution contractuelle*, *Légitimité*, *Legs*, *Maternité*, *Partage*, *Paternité*, *Propre*, *Question d'état*, *Rapport à Succession*, *Renonciation à une Succession*, *Testament*, *Tiers coutumier*, et les deux articles suivans.

SUCCESSION FUTURE (PACTE SUR UNE).

§. I. 1° *Un testament conjonctif par lequel, à une époque où cette manière de tester était permise, deux époux ont disposé de biens réservés ou affectés à l'enfant de l'un d'eux, et se sont institués réciproquement héritiers universels, a-t-il été vicié par l'intervention de cet enfant, qui l'a approuvé sous la condition que le dernier vivant lui laisserait sa Succession?*

2° *Le pacte qui s'est formé, par là, entre cet enfant et les deux co-testateurs, est-il devenu irrévocable par la mort de l'un de ceux-ci?*

Le 5 juillet 1786, Jean-Baptiste Decort et Élisabeth Moons, son épouse, veuve de Christin Langkpaep (de qui elle avait un fils nommé Jean-Joseph), ont fait, dans la commune d'Edeghem, située près d'Anvers, où ils étaient domiciliés, un testament conjonctif par lequel, « venant à la disposition » de tous et chacun de leurs biens, tant » meubles qu'immeubles, héréditaires ou » acquêts, or, argent monnayé et non mon- » nayé, actions, dettes, créances et dépen- » dances, partout et en quelque lieu qu'ils » soient situés ou qu'ils seront trouvés, au- » cun excepté ni réservé, déduction faite de » toutes dettes légitimes et charges de leur » mortuaire; tous cesdits biens eux testateurs » ont donnés, laissé et fait, comme ils font » par cette, à l'un et l'autre réciproquement, » c'est-à-dire, le prédécédant au survivant » d'eux, en pleine propriété, et avec libre » disposition pour pouvoir les dépenser, » vendre, changer, et en faire tout ce qu'il » plaira à lui ou à elle. Les testateurs s'y insti- » tuent ainsi mutuellement, et le ou la nom- » mant par cette son héritier ou héritière » unique et universel, avec plein droit d'ins- » titution; *bien entendu cependant, et sous » cette condition expresse, que les biens*, soit » peu ou beaucoup, *que le survivant d'eux dé- » laissera après son décès, succéderont, après » la mort dudit survivant, à Jean-Joseph » Langkpaep*, fils de la testatrice, conçu en » premier mariage avec le susdit Christin » Langkpaep, et Anne-Marie Decleyn, son » épouse, en pleine propriété et libre dis- » position, y instituant et substituant par » cette lesusdit *pleno institutionis et substitu- » tionis jure;* à la charge et condition, cepen- » dant, que ledit devra et sera tenu de don- » ner et remettre aux enfans du frère et des » sœurs du testateur une somme de 2,000 flo- » rins, pour être divisée entre eux par têtes.... » C'est ce que les testateurs ont dit et déclaré » être leur volonté.... *Comparut aussi à » cette fin le susdit Jean-Joseph Langkpaep, » et a déclaré d'agréer, approuver et accepter » par cette, sur le même pied que dessus, ce » testament, et pour autant qu'il regarde la » Succession de sa mère* ».

Élisabeth Moons est morte en 1788. Le testament a reçu son exécution; en conséquence, Jean-Baptiste Decort a recueilli tous les biens que lui avait laissés son épouse, et il en a joui, en propriétaire libre, jusqu'à sa mort, arrivée le 15 germinal an 8.

A cette époque, Jean-Joseph Langkpaep a réclamé, en vertu du testament conjonctif, l'universalité des biens qui se trouvaient dans sa Succession. Il a seulement offert aux neveux de Decort, et à leurs représentans, la somme de 2,000 florins que le testament leur assignait.

Ceux-ci ont prétendu, au contraire, que la Succession de Decort devait leur appartenir tout entière, 1° parceque, par le testament conjonctif du 5 juillet 1786, chacun des époux n'avait disposé que de ses propres biens; qu'ainsi, le survivant avait pu le révoquer; qu'à la vérité, Decort n'avait pas fait une révocation expresse de cet acte; mais que la loi l'avait faite pour lui (*art. 47 de la loi du 22 ventôse an 2*); 2° parceque ce testament contenait, en faveur de Langkpaep, une substitution fidéicommissaire; que cette substitution n'était pas encore ouverte au moment où avait été publiée, dans la Belgique, la loi du 14 novembre 1792; que par

(1) Annales de jurisprudence de M. Sanfourche-Laporte, année 1826, tome 1er, page 113.

Digitized by Google

conséquent, elle avait été abolie et rendue sans l'effet par cette loi.

Par jugement du 2 germinal an 9, le tribunal civil de l'arrondissement d'Anvers a considéré

« Que la femme Élisabeth Moons fut mariée en premières noces, duquel mariage il fut procréé Jean-Joseph Langkpaep;

» Que, par le décès de Christin Langkpaep, sa veuve a convolé en secondes noces avec Jean-Baptiste Decort; et que c'est pendant ce mariage que ces époux, par une disposition à cause de mort, se sont réciproquement institués héritiers de tout ce que pouvait posséder chacun d'eux, pour que le tout profitât au survivant d'entre eux, et avec la faculté au survivant de vendre, aliéner et disposer comme il aviserait, mais sous la condition que ce qui pourrait rester de la masse des biens confondus, reviendrait en propriété à Langkpaep le fils, intervenant à ce dernier acte comme acceptant;

» Que la veuve Langkpaep se trouvant avoir un enfant, d'après les dispositions de l'édit perpétuel, de celui des secondes noces et de toutes les lois anciennes, ne pouvait donner à son second mari, soit le bien qu'elle avait reçu de son premier mari, soit le sien propre, *en ce qu'ils étaient dévolus à sondit fils;* que ladite veuve Langkpaep ne pouvait tout au plus favoriser son second mari que d'une portion filiale;

» Que ladite veuve Langkpaep et femme Decort, en faisant l'acte de dernière volonté susdit, a *prétérit* son susdit fils Jean-Joseph Langkpaep;

» Que, par tous les motifs ci-dessus, cette disposition de dernière volonté entre les susdits époux, du 5 juillet 1786, est absolument nulle;

» Que la présence de Jean-Joseph Langkpaep au susdit acte, et même sa ratification, n'ont pu valider une disposition nulle de sa nature ».

En conséquence, ce tribunal, sans avoir égard au testament conjonctif, a adjugé aux héritiers de Jean-Baptiste Decort, les biens provenans de son propre chef, qu'il avait laissés; et a maintenu Jean-Joseph Langkpaep dans ceux qui provenaient, tant de Christin Langkpaep, son père, que d'Élisabeth Moons, sa mère, sauf à lui à se pourvoir ainsi qu'il trouverait convenir, pour la restitution des fruits perçus par Jean Baptiste Decort, depuis le décès de sa mère même.

Toutes les parties ont appelé de ce jugement; et par arrêt du 28 ventôse an 10, « attendu que l'acte du 5 juillet 1786, qualifié » de testament, n'est, dans sa nature, qu'un » véritable contrat anomal, qui, à la mort » d'Élisabeth Moons, a reçu sa pleine et » irrévocable exécution au profit de Jean-Baptiste Decort »; la cour d'appel de Bruxelles, en réformant la décision des premiers juges, a débouté les héritiers Decort de leurs demandes.

Les héritiers Decort se sont pourvus en cassation; et, la cause portée à l'audience de la section des requêtes, le 29 messidor an 11, j'ai dit :

« La disposition que contient, en faveur de Jean-Joseph Langkpaep, le testament conjonctif du 5 juillet 1786, a-t-elle été révoquée par la loi du 14 novembre 1792, portant abolition des substitutions fidéicommissaires? Si elle n'a pas été révoquée par cette loi, ne l'a-t-elle pas été du moins par celle du 17 nivôse an 2, ou si l'on veut, par l'art. 47 du décret du 22 ventôse suivant, qui annulle toute disposition universelle à cause de mort, dont l'auteur a survécu à la promulgation des lois nouvelles sur les Succession? Telles sont les deux questions qu'offre à votre examen le recours des héritiers Decort.

» La première est résolue par le seul texte du testament conjonctif du 5 juillet 1786. A la vérité, par cet acte, le premier mourant des testateurs substitue Jean-Joseph Langkpaep au survivant qu'il institue, et cette substitution, si elle était nécessaire à Jean-Joseph Langkpaep pour arriver à la Succession du premier mourant, serait aujourd'hui sans effet, d'après l'abolition que la loi du 14 novembre 1792 a faite des fidéicommis. Mais Jean-Joseph Langkpaep n'est pas seulement appelé par le premier mourant, à titre de substitution; il est encore appelé par le survivant, à titre d'institution directe; et d'une part, cette institution n'a pas été révoquée par la loi du 14 novembre 1792; de l'autre, elle suffit seule et par elle-même, pour assurer à Jean-Joseph Langkpaep l'universalité des biens du premier mourant, puis qu'en l'instituant dans tous les biens qu'il laissera à son décès, le survivant l'institue nécessairement dans ceux qu'il aura recueillis par le décès du premier mourant, comme dans ceux qui lui sont propres et personnels.

» La seconde question n'est pas aussi facile à résoudre.

» Ce n'est pas qu'il y ait, en thèse générale, le plus léger doute sur la révocabilité d'un testament conjonctif de la part du survivant des époux, lorsque, comme dans l'espèce actuelle, les deux testateurs n'ont pas confondu et identifié leurs patrimoines respectifs; lora-

Digitized by Google

que, comme dans l'espèce actuelle, on ne peut pas les considérer comme ayant, par un consentement mutuel, disposé simultanément des biens l'un de l'autre; lorsque, comme dans l'espèce actuelle, ils sont censés n'avoir disposé chacun que de son propre patrimoine (1).

» Mais la difficulté vient de ce qu'ici le testament du 5 juillet 1786 contient un mélange de convention, et forme, comme l'a dit le tribunal d'appel, un *contrat anomal*.

» On ne peut douter, en effet, que, par ce testament, Jean-Baptiste Decort ne se soit obligé, en cas de survie à sa co-testatrice, de laisser à Jean-Joseph Langkpaep, tous les biens dont il se trouverait saisi au moment de sa mort.

» Jean-Joseph Langkpaep avait trois sortes de droits à exercer sur la Succession de sa mère.

» 1° Il pouvait, aux termes de l'art. 27 de l'édit perpétuel de 1611, demander la distraction des biens que sa mère avait recueillis à titre de gain nuptial, par le décès de Christin Langkpaep, et dont elle avait perdu, par son second mariage, le droit de disposer au préjudice de son fils.

» 2° Il pouvait, par droit de *dévolution*, se faire adjuger même les biens propres à sa mère, acquis ou échus à celle-ci avant la mort de Christin Langkpaep : car, d'un côté, il est constant, et Stockmans l'atteste formellement dans son traité *de jure devolutionis*, chap. 2, n° 3, que la dévolution avait lieu dans plusieurs communes des environs d'Anvers; de l'autre, le jugement de première instance, qui n'est, à cet égard, contredit ni par le jugement du tribunal d'appel, ni même par les demandeurs en cassation, met en fait que les biens propres d'Élisabeth Moons étaient *dévolus à son fils*.

» 3° Enfin il avait sur les biens libres de sa mère, une action en distraction de légitime, sauf à y imputer ce qu'il aurait prélevé par droit de dévolution (2).

» Jean-Joseph Langkpaep pouvait donc empêcher, en grande partie, l'effet de la disposition par laquelle sa mère appelait éventuellement Jean-Baptiste Decort à tous les biens qu'elle laisserait en mourant.

» Eh bien! Ce qu'il pouvait faire, non seulement il ne l'a point fait, mais il a renoncé, dans le testament même du 5 juillet 1786, au droit de le faire. Il a, par sa comparution dans ce testament et par la déclaration qu'il y a consignée, approuvé et accepté la disposition universelle que faisait sa mère au profit de Jean-Baptiste Decort, sous la condition que Jean-Baptiste Decort n'aurait pas d'autre héritier que lui. Jean-Baptiste Decort s'est donc obligé, en acceptant lui-même cette disposition, de laisser sa propre Succession à Jean-Joseph Langkpaep.

» Mais cette obligation était-elle valable? Était-il libre à Jean-Baptiste Decort de l'exécuter ou de ne l'exécuter pas? C'est à ce point que se réduit, en dernière analyse, toute cette affaire. Si Jean-Baptiste Decort a pu ne pas exécuter l'engagement qu'il avait contracté par le testament dont il s'agit envers Jean-Joseph Langkpaep, point de doute que cet engagement n'ait été annulé par l'art. 47 de la loi du 22 ventôse an 2. Si, au contraire, cet engagement a été vraiment obligatoire pour lui, s'il n'a pas été sujet à révocation de sa part, il est évident que la loi du 22 ventôse an 2 ne l'a pas annulé, et que par suite il a été bien jugé par le tribunal d'appel de Bruxelles.

» Or, de savoir si Jean-Baptiste Decort s'est valablement obligé de laisser sa Succession à Jean-Joseph Langkpaep, c'est une question qui présente deux difficultés.

» Le testament conjonctif du 5 juillet 1786 n'est-il pas nul dans sa totalité, par cela seul que Jean-Joseph Langkpaep y est intervenu, et l'a approuvé? C'est la première.

» Si ce testament n'est pas nul dans sa totalité, ne l'est-il pas du moins, ou en tout cas n'est-il pas révocable, en ce qui concerne l'engagement qu'il impose à Jean-Philippe Decort, de laisser sa Succession à Jean-Joseph Langkpaep? C'est la seconde.

» Sur la première difficulté, il y a dans le droit romain une disposition qui semble, au premier abord, devoir entraîner l'entière annullation du testament conjonctif : c'est celle qui, d'accord avec l'art. 9 de l'ordonnance de 1735, veut que tout testament soit fait d'un seul contexte, *uno contextu*, dit le §. 3 des Institutes, titre *de testamentis ordinandis*; et que par conséquent il n'y ait ni intervention ni mélange d'aucun contrat : car *verba* CONTRAXERUNT, CESSERUNT, *ad testandi jus non pertinent*; ce sont les termes de la loi 20, D. *de verborum significatione*.

» Cependant observons bien l'exception qu'apporte à cette règle la loi 21, D. *qui testamenta facere possint* : il faut, dit-elle, que le testament soit fait d'un seul contexte, *uno contextu actûs testari opportet*; tester d'un seul contexte, c'est ne mêler au testament aucun acte qui y soit étranger : *est autem*

(1) *V.* l'article *Testament conjonctif*, §. 1.

(2) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Dévolution coutumière*, §. 2, n° 23.

Digitized by Google

UNO CONTEXTU, *nullum actum alienum testamento intermiscere ;* mais si l'on insère dans le testament, un acte qui a rapport à ses dispositions, le testament n'en est pas moins valable : *quòd si aliquid pertinens ad testamentum facit, testamentum non vitiatur.*

» Godefroy, dans sa glose sur ce texte, se fait cette question : suit-il de là qu'un testament serait nul, si on y entre-mêlait un contrat : *non igitur poterit in testamento donari, promitti per stipulationem, celebrari contractus?* Cela paraît ainsi décidé, répond-il, par la loi 20, D. *de verborum significatione ;* cependant tous les interprètes, à l'exemple d'Accurse, réclament contre cette conséquence; et le docteur Ferretus assure que leur opinion est communément suivie tant dans les écoles que dans les tribunaux : *sed post Accursium tamen omnes interpretes reclamant ; eamque communem opinionem in scholis et foro receptam esse ait Ferretus.* Julius Clarus, continue-t-il, modifiant cet avis, ou plutôt le réduisant à ses vrais termes, enseigne que le testament n'est pas nul, lorsque le contrat que l'on y insère, n'est pas absolument étranger aux dispositions testamentaires : *scribit hanc regulam juris obtinere, quandò conventiones et contractus qui testamento inseruntur, non sunt penitùs extranei ab ipso testamento.* Cette doctrine est, en effet, littéralement calquée sur la décision de la loi que nous venons de citer : *quòd si aliquid pertinens ad testamentum faciat, testamentum non vitiatur* (1).

» Dans notre espèce, ce n'était point une chose étrangère au testament conjonctif d'Élisabeth Moons et de Jean-Baptiste Decort, que le consentement donné par Jean-Joseph Langkpaep à ce que la première disposât des biens qui étaient ou *réservés* ou *dévolus* par la loi à celui-ci. Ce consentement était nécessaire pour valider la disposition que faisait de ces biens Élisabeth Moons. L'intervention de Jean-Joseph Langkpaep dans ce testament, le consentement qu'il y a exprimé, l'acceptation qu'il en a faite, le pacte qui s'est formé par là entre lui et son beau-père, avaient donc un rapport direct avec le testament même; c'était donc *aliquid pertinens ad testamentum ;* il n'en est donc pas résulté de vice de forme pour le testament : *testamentum non vitiatur.*

» Et après tout, si ce testament eût été nul dans son principe, bien certainement il serait par la suite devenu valable, ou du moins il eût dû être considéré comme tel dans son exécution : car il n'a été attaqué, ni par Jean-Baptiste Decort, qui, au contraire, en a recueilli tout l'effet, ni par Jean-Joseph Langkpaep, qui, au contraire, a laissé jouir paisiblement son beau-père de tous les biens dont sa mère avait disposé en faveur de celui-ci; et l'on sent assez qu'il n'appartient pas aux héritiers de Jean-Joseph Decort d'impugner aujourd'hui un testament qu'il a confirmé en l'exécutant, et auquel il a été redevable de la propriété des biens qu'ils réclament eux-mêmes de son chef.

» Mais si ce testament n'est pas nul dans sa totalité, ou, ce qui revient au même, si aujourd'hui il ne peut plus être, dans sa totalité, déclaré nul, doit-on, peut-on regarder comme valable, comme obligatoire, comme irrévocable, la promesse implicite qu'il renferme, de la part de Jean-Baptiste Decort, de laisser sa succession à Jean-Joseph Langkpaep? C'est la seconde difficulté que nous avons à résoudre.

» Le droit romain l'a décidée clairement pour la négative. Toute convention, dit la loi 4, C. *de inutilibus stipulationibus,* qui a pour objet une Succession future, est contraire aux bonnes mœurs, et par conséquent nulle : *ex eo instrumento nullam vos habere actionem in quo contrà bonos mores de Successione futurâ interposita fuit stipulatio, manifestum est; cùm omnia quæ contrà bonos mores, vel in pactum vel in stipulationem deducuntur, nullius momenti sint.* Celui qui n'est pas appelé par la loi à une succession, dit la loi 5, C. *de pactis conventis,* n'y peut être appelé que par un testament; si donc on stipulait, dans un contrat de mariage, que le mari succéderait aux biens paraphernaux de sa femme, la convention serait sans effet : *hereditas extraneis testamento datur. Cùm igitur affirmas dotali instrumento pactum interpositum esse vice testamenti, ut, post mortem mulieris, bona ejus ad te pertinerent, quæ dotis titulo tibi non sunt obligata, intelligis nullâ te actione posse convenire heredes seu successores ejus, ut tibi restituantur quæ nullo jure debentur.* De là vient encore, dit la loi 15, C. *de pactis,* qu'un père n'est point lié par la promesse qu'il fait à sa fille, en la mariant, de lui laisser, dans sa succession, une part égale à celle de ses autres enfans : *pactum quod dotali instrumento comprehensum est, ut si pater vitâ fungeretur, ex æquâ portione ea quæ nubebat cùm fratre heres patris sui*

(1) Mais de ce qu'en pareil cas, le testament ne serait pas nul, s'ensuit-il que le contrat que l'on y aurait intercalé, serait obligatoire et irrévocable? *V.* l'article *Révocation de testament,* §. 1, n° 4.

Digitized by Google

esset, neque ullam obligationem contrahere, neque libertatem testamenti faciendi mulieris patri potuit auferre.

» Il y a cependant, même dans le droit romain, deux cas où sont admis les pactes relatifs aux successions des personnes vivantes.

» La loi 19, C. *de pactis*, déclare que, quoiqu'on ne puisse pas faire valoir, même comme donation à cause de mort, l'écrit par lequel deux particuliers sont convenus que le survivant succédera au prédécédé, *licet inter privatos hujusmodi scriptum quo comprehenditur ut qui supervixerit, alterius rebus potiatur, ne donationis quidem mortis causâ gestæ efficaciter speciem ostendat;* cependant une pareille convention produit son effet entre militaires, par la raison que les militaires n'ont besoin d'aucune solennité pour tester, et que leur simple volonté passe pour testament, quand ils y persévèrent jusqu'au dernier soupir : *cùm voluntas militum quæ super ultimo vitæ spiritu, deque familiaris rei decreto quoquomodo, contemplatione mortis, in scripturam deducitur, vim postremi judicii obtineat.*

» La loi 30 du même titre porte que, si des héritiers présomptifs sont convenus de partager d'une certaine manière une succession qui doit un jour leur advenir, leur convention sera obligatoire pour chacun d'eux, pourvu que celui à qui ils doivent succéder, l'approuve et persévère jusqu'à sa mort dans son approbation : *nisi fortè et ipse de cujus hereditate pactum est, voluntatem suam eis accommodaverit, et in ed usque ad extremum vitæ spatium perseveraverit.*

» Ni l'une ni l'autre de ces lois d'exception ne peut s'appliquer au pacte que renferme le testament du 5 juillet 1786, puisque, d'une part, ni Decort ni Langkpaep n'étaient militaires lorsqu'ils l'ont fait, et que, d'une autre côté, il n'existait entre eux aucun rapport de successibilité *ab intestat*. D'ailleurs, par chacune de ces lois, les pactes de succéder qu'elles autorisent, ne valent que comme testamens; et déjà nous avons observé que, si la convention renfermée dans le testament du 5 juillet 1786, ne pouvait valoir, de la part de Jean-Baptiste Decort, que comme disposition de dernière volonté, elle devrait, par cela seul, être considérée comme révoquée par l'art. 47 de la loi du 22 ventôse an 2.

» Ainsi, encore une fois, nul doute que le droit romain ne décide contre Langkpaep, et en faveur des héritiers Decort, la question, soit de la validité ou invalidité, soit de la révocabilité ou irrévocabilité, de la convention dont il s'agit.

» Mais en jugeant, à cet égard, contre les lois romaines, le tribunal d'appel de Bruxelles a-t-il jugé contre des lois qui liaient impérativement les parties, et avaient sur elles une autorité véritablement législative ? C'est là, en dernière analyse, le nœud de la difficulté qui vous occupe.

» Tout le monde convient que les dispositions du droit romain sur les pactes de succéder, n'ont plus lieu dans les contrats de mariage ; et que, dans ces sortes d'actes, ils sont à la fois obligatoires et irrévocables.

» On convient aussi, assez généralement, qu'un pacte de succession réciproque est valable entre deux personnes associées l'une à l'autre dans tous leurs biens respectifs. C'est ce qu'enseignent Dumoulin, sur l'art. 216 de la coutume de la Marche, Bugnyon, dans ses *Lois abrogées*, liv. 1, chap. 226, Masuer, dans sa *Pratique*, tit. 28, n° 9, et Furgole, sur l'art. 13 de l'ordonnance de 1731. C'est aussi ce qu'a jugé un arrêt du parlement de Paris du 12 décembre 1562, rapporté dans le recueil de Papon.

» Mais ici, il n'est question, ni de contrat de mariage, ni d'acte d'association universelle : il ne s'agit que d'une simple convention intercalée dans un testament ; et nous ne trouvons dans les monumens de notre ancienne jurisprudence, rien qui puisse soustraire cette convention à l'empire des lois romaines.

» A la vérité, il y a, dans le recueil de Stockmans, §. 44, un arrêt de révision du conseil de Brabant, du 25 mai 1647, qui a jugé obligatoire et irrévocable, une convention par laquelle deux frères, en partageant une succession qui leur était échue en commun, avaient réglé la manière dont l'un succéderait à l'autre, en cas de mort sans enfans, dans les biens qui composaient leurs lots respectifs. Mais dans cette espèce, les deux frères n'avaient pas disposé de leurs hérédités futures, ils n'avaient disposé que de choses singulières et déterminées ; et Stockmans prouve très-bien qu'ils n'avaient fait en cela rien qui ne fût d'accord avec les lois romaines : *jure communi*, dit-il, et tel a été le motif de l'arrêt qu'il rapporte, *valent pacta quibus duo paciscentes de bonis suis post mortem alterutrius disponunt, si scilicet verba conventionis sonent, non ipsam hereditatem aut in successionem universalem, sed in certa bona.*

» Ici, au contraire, Jean-Baptiste Decort a promis de laisser toute sa succession à Jean-Joseph Langkpaep ; il a donc fait ce que dé-

Digitized by Google

fondaient, ce que défendent encore les lois romaines; et si les lois romaines sont de véritables lois pour le pays dans lequel sont situés les biens litigieux, il est impossible que le jugement attaqué échappe à la cassation.

» Or, sur ce point de fait, nous avons cru devoir consulter le tribunal civil de l'arrondissement d'Anvers; et la réponse qu'il nous a faite le 20 messidor an 11, par l'organe de son vice-président, se réduit à ces deux points: la commune d'Edeghem est régie par la coutume de Santhoven; et cette coutume renvoie expressément au droit romain la décision des cas sur lesquels elle ne s'est pas expliquée.

» Nous estimons, en conséquence, qu'il y a lieu d'admettre la requête des demandeurs ».

Ces conclusions, quoique fondées sur des principes avoués par tous les juges, n'ont pas été suivies: l'esprit d'équité qui avait déterminé la décision de la cour d'appel de Bruxelles, l'a emporté sur la rigueur du droit; et par arrêt rendu sur délibéré, au rapport de M. Gandon, le 30 messidor an 11, la requête en cassation a été rejetée,

« Attendu que, quoique suivant les principes du droit, les testamens doivent être faits d'un seul contexte, cependant l'intervention d'un tiers ne les vicie pas, lorsqu'elle a pour objet les choses mêmes, ou quelques-unes des choses, dont le testament dispose;

» Que, dans le testament du 5 juillet 1786, fait par Élisabeth Moons, conjointement avec Jean-Baptiste Decort, son second époux, celle-là disposa des biens sur lesquels Jean-Joseph Langkpaep, fils de son premier mariage avec Christin Langkpaep, avait des droits; disposition qui n'eût pu valoir dans sa généralité, sans le consentement qu'y donna son fils;

» Que, dès-lors, le testament renferma un contrat anomal, comme le dit le jugement rendu par le tribunal d'appel séant à Bruxelles; que ce contrat a eu sa pleine et entière exécution au profit de Decort, après la mort d'Élisabeth Moons; qu'aucune loi ne s'opposait à ce qu'il fût exécuté après la mort de Decort, au profit de Jean-Joseph Langkpaep, qui jusqu'alors avait souffert de l'exécution;

» Que celui-ci n'a rien demandé, et qu'il ne lui a été rien accordé à titre de substitution; et qu'ainsi, les lois abrogatives de cette manière de disposer, n'ont point été violées».

§. II. *Le partage anticipé que les héritiers présomptifs d'un homme encore vivant, font de son hérédité future, sans son consentement exprès, est-il valable et obligatoire entre les parties majeures qui l'ont signé?*

V. l'article *Partage*, §. 2.

§. III. *Après la prononciation du jugement qui rejette la demande en nullité d'un testament, les juges peuvent-ils interpeller l'héritier institué présent à l'audience, de s'expliquer sur l'effet qu'il entend donner à la promesse qu'il a faite verbalement à plusieurs d'entre eux, de laisser, après sa mort, aux héritiers légitimes du testateur, les biens compris dans son institution?*

V. l'article *Testament*, §. 16.

§. IV. *De ce qu'aux termes de l'art. 1600 du Code civil*, on ne peut vendre la succession d'une personne vivante, même de son consentement, *s'ensuit-il que l'héritier présomptif d'un absent présumé ou déclaré, peut demander lui-même la nullité de la vente qu'il a faite à un tiers de ses droits à la succession de cet absent?*

V. l'article *Vente*.

SUCCESSION VACANTE. §. I. 1° *Quel est l'effet de l'inscription hypothécaire prise sur les biens d'une Succession vacante?*

2° *Est-elle valable, lorsqu'elle est prise avant la renonciation de l'héritier présomptif?*

3° *Doit-on, à cet égard, distinguer entre l'inscription prise dans les dix jours qui ont précédé la renonciation, et l'inscription prise antérieurement?*

4° *Celui qui se trouve créancier d'une Succession vacante, en vertu d'un jugement obtenu contre le défunt personnellement, doit-il, s'il n'a pris inscription qu'après la mort de celui-ci, être rangé dans la classe des créanciers chirographaires?*

I. Les trois premières questions se sont présentées dans l'espèce suivante.

Le 11 nivôse an 3, contrat de mariage notarié, entre Jean-François Moran, négociant à Lille, département du Nord, et Adélaïde Tirant. Les reprises dotales et le douaire de celle-ci, en cas de renonciation à la communauté, sont fixés à la somme de 21,600 livres.

Le 13 nivôse an 6, autre contrat notarié, par lequel Jean-François Moran reconnaît

Digitized by Google

devoir à Eugène Prevost, négociant à Paris, une somme de 9,369 livres 5 sous tournois; affecte et hypothèque spécialement, à la sûreté de sa dette, des terres à labour situées dans la commune d'Ascq, arrondissement de Lille; et consent qu'à cet effet, Eugène Prevost fasse enregistrer la grosse de ce contrat au greffe du tribunal civil du département du Nord, formalité qui, d'après la loi du 19-27 septembre 1790, remplaçait alors celle du *nantissement* nécessaire, dans cette contrée, pour donner hypothèque.

Cette formalité est effectivement remplie le 23 du même mois; et par là, Eugène Prevost devient créancier hypothécaire de Jean-François Moran.

Le 2 pluviôse an 7, Jean-François Moran décède.

Le lendemain, sa veuve fait inscrire son contrat de mariage au bureau des hypothèques de Lille, à l'effet d'acquérir hypothèque sur les biens du défunt qu'elle désigne, et parmi lesquels se trouvent les terres hypothéquées à Eugène Prevost, par l'acte du 13 nivôse an 6.

Le 8 du même mois, Eugène Prevost prend, au même bureau, une inscription, pour sûreté de sa créance de 9,369 livres 5 sous, *résultant* (y est-il dit) *d'un acte passé devant Doyen, notaire à Lille, le* 13 *nivôse an* 6.

Le 14 du même mois, la veuve Moran renonce à la communauté; et sa renonciation est immédiatement suivie, tant de l'apposition des scellés sur la succession que les héritiers présomptifs n'acceptent pas ou répudient, que de la nomination d'un curateur à cette succession, considérée, dès-lors, comme vacante et abandonnée.

Le curateur fait vendre les biens, et la distribution du prix donne lieu à deux contestations.

1° Eugène Prevost, voulant faire valoir son inscription hypothécaire du 8 pluviôse an 7, et en reporter l'effet au 23 nivôse an 6, date de l'enregistrement de son titre au greffe du tribunal civil du département du Nord, ou du moins et subsidiairement au 8 pluviôse an 7 même, le curateur et la veuve Moran se réunissent pour soutenir que son inscription est nulle, et qu'elle n'a pu, ni lui conserver son hypothèque du 23 nivôse an 6, ni lui en conférer une nouvelle.

2° La veuve Moran prétendant à son tour être colloquée comme créancière hypothécaire, à dater du 3 pluviôse an 7, jour de l'inscription qu'elle a prise sur les biens de son mari décédé, le curateur soutient qu'elle n'a pas pu, par cette inscription, acquérir une hypothèque, parcequ'elle ne l'a pas (ainsi que le prescrivait une déclaration du 1er mars 1742, rendue spécialement pour les femmes de marchands du ressort du ci-devant parlement de Douai) fait publier et enregistrer au tribunal de commerce de Lille.

En conséquence, le curateur demande que, sans s'arrêter aux réclamations respectives des deux prétendus créanciers hypothécaires, le prix dont il est question, lui soit remis, pour être distribué entre les créanciers chirographaires de la succession, au marc le franc.

Le 4 floréal an 10, jugement du tribunal civil de l'arrondissement de Lille, qui prononce conformément aux conclusions de curateur,

« Attendu, en ce qui concerne Eugène Prevost, qu'il n'a pas pu, ni, d'après l'art. 5 de la loi du 11 brumaire an 7, acquérir une hypothèque nouvelle par une inscription prise dans les dix jours qui ont précédé la faillite de la succession de Jean-François Moran; ni, d'après l'art. 40 de la même loi, conserver son ancienne hypothèque par une inscription qui n'en rappelle pas la date;

» Et en ce qui concerne la veuve Moran, attendu qu'elle n'a point fait publier son inscription au tribunal de commerce de Lille; que, par là, elle a manqué à une forme dont la déclaration du 1er mars 1742 lui prescrivait l'observation à peine de nullité; que cette forme n'a pas été abolie par l'art. 56 de la loi du 11 brumaire an 7; qu'en effet, cet article n'abroge que les lois, coutumes et usages relatifs à la constitution des hypothèques, et au mode de les purger; que la déclaration du 1er mars 1742 ne concerne ni l'une ni l'autre; qu'elle ne prescrit qu'une précaution pour éviter entre marchands, les fraudes dans les prises d'hypothèques pour l'intérêt des femmes; qu'à la vérité, les registres des conservateurs des hypothèques établis par la loi du 11 brumaire an 7, sont publics; mais que ceux où, avant cette loi, s'inscrivaient les hypothèques que l'on prenait en pays de nantissement, l'étaient aussi; que ce genre de publicité n'a pas paru suffisant à la déclaration de 1742, et qu'elle a voulu y ajouter un moyen de plus de prévenir toute surprise, en ordonnant la publication et l'enregistrement des hypothèques des femmes de marchands, dans le lieu que les marchands sont présumés fréquenter le plus ».

La veuve Moran appelle de ce jugement, et ne fait intimer que le curateur à la succession de son mari. Celui-ci emploie, sur cet appel, un nouveau moyen : il prétend que l'inscrip-

Digitized by Google

tion prise le 3 pluviôse an 7, par la veuve Moran, doit être déclarée nulle, parcequ'alors Jean-François Moran n'existait plus, et que depuis sa succession a été abandonnée.

Le 18 prairial an 10, arrêt par lequel,

« Considérant qu'il importe peu que Moran fût mort, lorsque sa veuve, pour obtenir hypothèque sur les biens par lui délaissés, a fait inscrire son contrat de mariage au bureau de la conservation des hypothèques, puisqu'il est de principe que l'hérédité d'un défunt le représente; qu'ainsi, on peut acquérir les mêmes droits contre elle qu'on aurait pu obtenir contre lui; que d'ailleurs la loi du 11 brumaire an 7, art. 17, n° 5, suppose cette faculté; que vainement allègue-t-on contre cette inscription, que Moran était insolvable lors de sa mort, et qu'ainsi il ne pouvait être pris valablement hypothèque sur ses biens; puisque, lors de la prise d'hypothèque de sa veuve, qui a précédé de dix jours l'apposition des scellés, aucune poursuite n'avait été faite par la généralité des créanciers du défunt: de sorte que chacun d'eux en particulier pouvait encore veiller à la conservation de ses droits;

» Que la non publication de l'hypothèque au tribunal de commerce ne peut l'invalider, puisque la loi du 11 brumaire an 7, seule applicable à cette matière, ne prescrit point cette formalité; que la déclaration du 1er mars 1742 se trouve abrogée par l'art. 56 de celle du 11 brumaire; que d'ailleurs, en supposant la non-existence de cet article, il ne serait pas moins vrai que la déclaration précitée ne pourrait plus avoir d'effet, étant de principe que la loi cesse, lorsque son motif, ainsi que dans l'espèce, vient à cesser; qu'en effet, on voit par le préambule de cette déclaration, qu'elle n'a été portée que pour obvier aux fraudes qui résultaient de la non publicité des hypothèques qui se prenaient en Flandre, inconvénient auquel la loi du 11 brumaire a paré;

» Qu'au surplus, en supposant même qu'en effet la déclaration de 1742 ne fût point abrogée, il ne serait pas moins vrai que l'hypothèque prise par l'appelante, devrait être déclarée bonne et valable, puisque cette déclaration n'est relative qu'aux femmes des marchands, et non à leurs veuves;

» Le tribunal (d'appel de Douai) déclare qu'il a été mal jugé...; émendant, ordonne que la veuve Moran sera colloquée, pour toucher jusques et à la concurrence de la somme de 21,400 francs, à la date de son hypothèque... ».

Eugène Prevost appelle aussi de son côté, du jugement du tribunal de Lille; et il fait intimer à la fois la veuve Moran et le curateur à la Succession vacante.

Le 22 fructidor an 10, arrêt de la cour d'appel de Douai qui, attendu la non-comparution de l'appelant, donne défaut contre lui, et déclare qu'il a été bien jugé.

Opposition à cet arrêt dans le délai fixé par la loi.

A cette opposition, Eugène Prevost joint une tierce-opposition à l'arrêt du 18 prairial précédent.

La cause portée à l'audience, il conclud à ce que, faisant droit sur son appel du jugement du 4 floréal an 10, le curateur soit déclaré non-recevable dans ses conclusions, ou qu'au besoin il en soit débouté; à ce qu'il soit (lui Prevost) colloqué à la date du 23 nivôse an 6, jour de l'enregistrement de son obligation au greffe du tribunal civil du Nord; et à ce que le curateur et la veuve Moran soient condamnés aux dommages-intérêts et aux frais des deux instances.

La veuve Moran conclud à ce qu'Eugène Prevost soit débouté de l'une et de l'autre oppositions.

Le curateur s'en rapporte à la prudence des juges.

Le 23 vendémiaire an 11, arrêt qui déboute Eugène Prevost de son opposition à l'arrêt par défaut du 22 fructidor an 10,

« Attendu que, si l'on considère son inscription hypothécaire, comme faite pour acquérir une nouvelle hypothèque, elle a été faite évidemment dans les dix jours de la faillite de Jean-François Moran, négociant à Lille; qu'en effet, cette inscription a été prise le 8 pluviôse an 7, tandis que, six jours après, c'est-à dire, le 14 pluviôse, sa succession a été abandonnée, et sa faillite réputée ouverte, tant par la renonciation de la veuve à la communauté qui avait existé entre elle et son mari, que par l'apposition des scellés qui a été faite ledit jour, et qui fut suivie de la convocation des créanciers et de la nomination du curateur; qu'enfin, Jean-François Moran est décédé négociant; et, par conséquent, d'après l'ordonnance de commerce de 1673, toute hypothèque prise dans les dix jours de sa faillite, doit être considérée comme non-avenue;

» Que, si l'on considère l'inscription du cit. Prevost, comme faite à fin de conserver une hypothèque précédemment obtenue, il est encore évident qu'il n'a pas rempli les formalités voulues par la loi du 11 brumaire an 7; qu'en effet, la loi du 11 brumaire an 7 ayant voulu, art. 37, que les droits d'hypo-

Digitized by Google

thèque ou privilége existans lors de sa publication, qui n'auraient pas encore été inscrits en exécution et dans les formes de la loi du 9 messidor an 3, le fussent dans les trois mois qui suivraient ladite publication....., il est évident que le cit. Prevost aurait dû faire inscrire ou rappeler au moins dans son bulletin, l'hypothèque qu'il prétend avoir obtenue précédemment, par la transcription de son titre de créance au greffe du tribunal civil du département; que ce n'est qu'à cette condition que l'art. 38 conserve aux anciennes hypothèques, le rang et la date de leur première constitution;

» Que c'est en vain que l'on a invoqué l'art. 40 de la loi du 11 brumaire, qui dit que, pour conserver par l'inscription, les hypothèques antérieures à la loi, le créancier n'est point tenu de représenter l'expédition du titre de sa créance, et qu'il suffit qu'il produise deux bordereaux contenant les indications prescrites par les art. 17 et 21 de la même loi, qui se contentent d'exiger la mention du titre, ou à défaut, de l'époque de l'hypothèque;

» Que, d'abord, cet art. 40, loin de favoriser les prétentions de l'appelant, démontre, au contraire, que ce que la loi a exigé, n'a pas été tant le titre de la créance, que le titre constitutif de l'hypothèque : et pour concilier ensemble les deux art. 40 et 17, dont l'un dispense d'exhiber le titre, lorsque l'autre semble l'exiger, il suffit de considérer que tout le tit. 3 dont l'art. 40 fait membre, est relatif aux anciennes hypothèques, tandis que le premier, dont l'art. 17 fait partie, concerne la constitution des nouvelles hypothèques; et que, s'il suffit, dans certaines occasions, de rappeler le titre, ce ne peut être que dans les pays où tout acte passé devant notaire, tout jugement donnait hypothèque, du jour de sa date sans transcription ultérieure dans les registres publics; mais qu'il n'en est pas de même dans les pays de nantissement, où les titres ou contrats authentiques ne donnaient hypothèque que lorsqu'ils étaient suivis d'œuvres de loi;

» Qu'il est évident, par conséquent, aux termes de la loi du 11 brumaire, et principalement des art. 37, 38, 39 et 40, sainement entendus et combinés avec l'art. 17, que, pour conserver son hypothèque acquise par la transcription dans les registres du tribunal civil, le cit. Prevost aurait dû rappeler la date de cette hypothèque, plutôt que la date de son titre; et par une conséquence ultérieure, que sa nouvelle inscription ne pouvant avoir d'effet rétroactif, n'est censée avoir été faite que le 8 pluviôse an 7, c'est-à-dire, dans les dix jours de la faillite de Jean-François Moran..... ».

Il est à remarquer que cet arrêt ne statue pas sur la tierce-opposition d'Eugène Prevost à celui du 18 prairial an 10.

Eugène Prevost se pourvoit en cassation, et soutient

1° Qu'en préférant à son inscription du 8 pluviôse an 7, celle que la veuve Moran avait prise le 3 du même mois, la cour d'appel de Douai a violé l'art. 37 de la loi du 11 brumaire an 7;

2° Qu'en déclarant cette inscription absolument nulle, sur le fondement qu'elle avait été prise dans les dix jours antérieurs à la nomination d'un curateur à la succession de Jean-François Moran, la cour d'appel de Douai a fait une fausse application de l'art. 1er du tit. 11 de l'ordonnance de 1673, de la déclaration du 18 novembre 1702, et de l'art. 5 de la loi du 11 brumaire an 7.

« Pour nous mettre à portée de bien apprécier ces deux moyens (ai-je dit à l'audience de la section civile, le 29 messidor an 12), nous devons commencer par nous fixer avec précision sur les points que vous avez à juger.

» Devant le tribunal civil de l'arrondissement de Lille, trois questions étaient agitées entre les parties.

» La veuve Moran a-t-elle acquis hypothèque par son inscription du 3 pluviôse an 7, et doit-elle être colloquée à cette date? C'était la première.

» Eugène Prevost a-t-il conservé, par son inscription du 8 pluviôse an 7, l'hypothèque qu'il avait acquise le 23 nivôse an 6, et doit-il, en conséquence, être colloqué au 23 nivôse an 6 même? C'était la seconde.

» Si Eugène Prevost n'a pas conservé son hypothèque du 23 nivôse an 6, du moins n'en a-t-il pas acquis une nouvelle par son inscription du 8 pluviôse an 7, et ne doit-il pas subsidiairement être colloqué à cette dernière date? C'était la troisième.

» Le tribunal de Lille a jugé ces trois questions pour la négative; mais sur l'appel, la première a été décidée dans le sens contraire, et en faveur de la veuve Moran : par jugement du 18 prairial an 10, rendu contradictoirement avec le curateur de la Succession vacante, le tribunal d'appel de Douai a déclaré la veuve Moran créancière hypothécaire, à dater du 3 pluviôse an 7, et a ordonné qu'elle serait colloquée comme telle.

» Il est vrai qu'une tierce-opposition a été formée à ce jugement par Eugène Prevost.

Digitized by Google

» Mais, d'abord, à quelle fin l'a-t-elle été? Nous ne pouvons l'apprendre que par les conclusions qu'a prises Eugène Prevost devant le tribunal d'appel. Or, ces conclusions tendaient uniquement à ce qu'il fût déclaré créancier hypothécaire, à dater du 23 nivôse an 6, jour de l'enregistrement de son titre au greffe du tribunal civil du département du Nord. Il ne demandait donc pas que la veuve Moran fût privée de l'effet de son inscription du 3 pluviôse an 7; il demandait seulement que l'inscription qu'il avait lui-même prise le 8 du même mois, fût reportée au 23 nivôse an 6; ou, en d'autres termes, il demandait seulement qu'on le colloquât en ordre d'hypothèque, avant la veuve Moran. Il a donc acquiescé au jugement du 18 prairial an 10, en tant que, par ce jugement, la veuve Moran était reconnue créancière hypothécaire, à dater du 3 pluviôse an 7. C'est donc un point irrévocablement jugé qu'à dater du 3 pluviôse an 7, la veuve Moran est véritablement créancière hypothécaire de la succession de son mari.

» Ensuite, le tribunal d'appel n'a pas statué sur la tierce-opposition d'Eugène Prevost au jugement du 18 prairial an 10; c'est sans doute, de sa part, une omission assez étrange; mais ce n'est pas une raison pour casser son arrêt. Une omission de prononcer ne peut former qu'une ouverture de requête civile, et une ouverture de requête civile ne peut pas être convertie en moyen de cassation. Aussi, Eugène Prevost n'élève-t-il devant vous aucune espèce de contestation sur la validité de l'inscription prise par la veuve Moran, le 3 pluviôse an 7.

» Mais de là que s'ensuit-il, par rapport aux deux autres questions qui ont été discutées devant le tribunal de première instance? Il faut, à cet égard, distinguer l'intérêt de la veuve Moran, d'avec l'intérêt du curateur à la Succession vacante, c'est-à-dire, de la partie qu'Eugène Prevost a lui-même considérée, tant en première instance qu'en cause d'appel, comme le représentant des créanciers chirographaires, et conséquemment de la partie à laquelle il ne peut plus aujourd'hui contester cette qualité.

» Dans l'intérêt de la veuve Moran, il ne s'agit plus ici que de savoir si le tribunal d'appel de Douai a violé la loi, en décidant que, par son inscription du 8 pluviôse an 7, Eugène Prevost n'avait pas conservé son hypothèque du 23 nivôse an 6; et si vous vous déterminez pour la négative, le jugement du tribunal d'appel doit être maintenu à l'égard de la veuve Moran.

» Il n'en est pas de même dans l'intérêt du curateur, ou, ce qui est la même chose, des créanciers chirographaires; car, si le tribunal d'appel avait violé la loi en décidant qu'Eugène Prevost n'a pas acquis une hypothèque nouvelle par son inscription du 8 pluviôse an 7, s'il avait violé la loi en refusant de colloquer Eugène Prevost après la veuve Moran, nul doute que son jugement ne dût être cassé en cette partie.

» Vous avez donc ici deux questions à examiner; et d'abord le tribunal d'appel a-t-il violé ou faussement appliqué les art. 17, 37 et 40 de la loi du 11 brumaire an 7, en jugeant que l'inscription du 8 pluviôse suivant n'avait pas conservé à Eugène Prevost l'hypothèque qu'il avait acquise le 23 nivôse an 6, par l'enregistrement de son contrat au greffe du tribunal civil du département du Nord?

» Sur ce point, Eugène Prevost avait d'abord passé en quelque sorte condamnation dans son mémoire: il s'y était borné à dire que la discussion en était inutile; et c'était assez reconnaître que le résultat de cette discussion ne pouvait pas lui être favorable. Aujourd'hui, il revient sur ses pas; et sans examiner s'il y est encore recevable, nous croyons pouvoir établir qu'il ne peut obtenir, en cette partie, la cassation du jugement qu'il attaque.

» En effet, que devait faire Eugène Prevost pour prendre, après la publication de la loi du 11 brumaire an 7, une inscription conservatoire de son hypothèque du 23 nivôse an 6? Il devait, suivant l'art. 40 de cette loi, présenter au bureau des hypothèques *deux bordereaux contenant les indications prescrites par l'art.* 17; il fallait par conséquent, d'après le n° 3 de l'art. 17, que ses deux bordereaux indiquassent la date de son *titre*.

» Mais, que signifie ce mot *titre* dans l'art. 17? Il signifie, non le contrat primitif par suite duquel le créancier a acquis une hypothèque qu'il réalise, qu'il consomme par l'inscription, mais l'acte qui a rendu ce contrat hypothécaire.

» Sans doute, dans l'objet de la loi, il arrive souvent que le contrat primitif et l'acte hypothécaire ne sont qu'une seule et même chose. Ainsi, quand la loi dit, art. 3, que *l'hypothèque existe, mais à la charge de l'inscription, 1° pour une créance consentie par un acte notarié; 2° pour celle résultant d'une condamnation judiciaire*, elle déclare bien nettement qu'un acte notarié, qu'un jugement, emportent d'eux-mêmes hypothèque; et il est clair que, pour remplir le vœu

Digitized by Google

de l'art. 17, il suffit d'indiquer cet acte, ce jugement, dans les deux bordereaux.

» Mais il arrive aussi fréquemment que le contrat primitif n'est pas hypothécaire par lui-même, qu'il ne le devient que par le secours d'un autre acte, et que, par suite, le titre de l'hypothèque est tout-à-fait distinct du titre de l'obligation. Par exemple, si ce billet sous seing-privé est reconnu par un jugement, le titre hypothécaire ne consistera pas dans le billet, il ne consistera que dans le jugement qui en renfermera la reconnaissance; et si, après que le billet a été ainsi élevé au rang des contrats authentiques, le créancier à qui il appartient, veut prendre inscription, bien certainement il faudra qu'il énonce dans son bordereau la date de la reconnaissance qu'il en aura obtenue en justice.

» Or, avant la loi du 11 brumaire an 7, les contrats notariés ne produisaient pas plus d'hypothèques dans les pays de nantissement, que les billets sous seing-privé n'en produisaient dans tout le reste de la France; et de même qu'avant la loi du 11 brumaire an 7, les billets sous seing-privé, dans tout le reste de la France, ne devenaient des titres hypothécaires que par leur reconnaissance judiciaire, de même aussi, à cette époque, les contrats notariés ne devenaient des titres hypothécaires, dans les pays de nantissement, que par la formalité de l'enregistrement au greffe, substituée par la loi du 19-27 septembre 1790 à la dessaisine, à la déshéritance, à la mise de fait, à la plainte à loi, à la saisie par clain, etc.

» On ne peut donc satisfaire à l'art. 17 de la loi du 11 brumaire an 7, relativement aux hypothèques précédemment acquises en pays de nantissement, qu'en indiquant dans les deux bordereaux, non la date du contrat notarié que l'on a précédemment fait enregistrer au greffe, mais la date de cet enregistrement même.

» Et la preuve que telle a été l'intention de la loi du 11 brumaire an 7, c'est la manière dont elle s'exprime dans les art. 37 et 39. Par l'art. 37, elle veut que *les droits d'hypothèque existans lors de la publication de la présente, soient inscrits dans trois mois.* Par l'art. 39, elle déclare que *les hypothèques qui n'auraient pas été inscrites avant l'expiration des trois mois, n'auront effet qu'à compter de l'inscription qui en serait requise postérieurement.* C'est donc *le droit d'hypothèque*, c'est donc *l'hypothèque* elle-même que l'on doit inscrire. Il faut donc inscrire le titre constitutif de l'hypothèque; il faut donc, dans les ci-devant pays de nantissement, inscrire l'acte d'enregistrement au greffe; il faut donc indiquer dans les deux bordereaux, la date de cet enregistrement. Si donc vous n'indiquez point cette date dans l'inscription que vous prenez, votre inscription est nulle, et vous êtes sans titre hypothécaire, puisque, d'une part, votre ancienne *hypothèque* se trouve n'être pas inscrite; et que, de l'autre, aux termes de l'art. 38, les anciennes hypothèques ne peuvent conserver leur effet que par une inscription régulière.

» Et en vain dirait-on que le défaut d'indication de la date de votre ancienne hypothèque, ne pourrait être relevé que par le porteur d'une inscription prise après la vôtre; en vain dirait-on que du moins vous devez conserver votre rang de créancier hypothécaire contre les créanciers qui n'ont jamais eu d'hypothèque.

» La loi ne distingue pas, et nous ne devons pas être plus sages que la loi. Elle ne maintient les anciennes hypothèques, qu'à la charge de les faire inscrire dans le délai qu'elle détermine; elle annulle donc toutes les anciennes hypothèques qui n'auront pas été inscrites dans ce délai; les anciennes hypothèques non inscrites dans ce délai ne peuvent donc pas plus être opposées aux créanciers chirographaires, qu'aux créanciers inscrits postérieurement; il a donc été bien jugé, sous ce rapport, par le tribunal d'appel de Douai.

» Mais il est un autre aspect sous lequel le jugement de ce tribunal doit être examiné: car Eugène Prevost, par cela seul qu'il était porteur d'un contrat notarié qui affectait spécialement à sa créance des fonds de terre situés dans la commune d'Ascq, pouvait, en thèse générale, prendre hypothèque sur ces biens, en vertu de l'art. 3 de la loi du 11 brumaire an 7; et il s'agit de savoir s'il l'a fait valablement par son inscription du 8 pluviôse de la même année, considérée en elle-même et indépendamment de la relation qu'elle peut avoir avec l'enregistrement du 23 nivôse an 6?

» L'affirmative ne serait susceptible d'aucun doute, si Jean-François Moran eût encore été en vie le 8 pluviôse an 7. Mais il était mort à cette époque; et la difficulté vient de ce que, cinq jours après, sa succession a été constituée en état de déconfiture, par l'apposition des scellés à la requête de la masse des créanciers, et par l'établissement d'un curateur.

» Cette difficulté n'en serait pourtant pas une, si nous devions nous en rapporter à la disposition de l'art. 2146 du Code civil. Sui-

Digitized by Google

vant cet article, *les inscriptions ne produisent aucun effet*, non seulement lorsqu'elles *sont prises dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites, sont déclarés nuls*, mais encore lorsqu'elles ont été prises postérieurement à l'ouverture d'une succession *qui n'est acceptée que par bénéfice d'inventaire;* et l'on sent que ce qu'il dit d'une succession acceptée par bénéfice d'inventaire, doit, à bien plus forte raison, être étendue à la succession qui est totalement abandonnée, et à laquelle la justice est forcée d'établir un curateur.

» Ainsi, d'après l'esprit de cet article, il suffirait qu'Eugène Prevost n'eût pris son inscription que depuis l'ouverture de la succession de Jean-François Moran, pour qu'elle dût rester sans effet. Et il n'importerait qu'au moment où elle a été prise, la succession de Jean-François Moran ne fût pas encore répudiée; il n'importerait qu'à ce moment, un curateur n'y fût pas encore établi : elle n'en aurait pas moins été annulée par le seul fait de la nomination subséquente d'un curateur à cette Succession : elle n'en serait pas moins devenue caduque, même dans le cas où le curateur à cette Succession n'eût été nommé que vingt, trente ou quarante jours après.

» Mais les dispositions du Code civil ne peuvent pas rétroagir sur le passé; et elles ne pourraient être applicables à l'espèce actuelle, qu'autant qu'elles se trouveraient en harmonie avec la jurisprudence qui était en vigueur à l'époque où a été prise l'inscription dont il s'agit. Or, cette jurisprudence, quelle était-elle?

» Lebrun, *Traité des Successions*, liv. 4, chap. 2, sect. 1re, n° 12, dit que *la mort fixe l'état des biens et des dettes d'un homme; c'est pourquoi* (ajoute-t-il), *dans notre droit, ceux qui sont simples créanciers chirographaires, lors de la mort de leur débiteur, ne peuvent jamais devenir créanciers hypothécaires de sa succession, mais seulement de son héritier*. Voilà bien le même principe qui se retrouve dans l'art. 2146 du Code civil; et si ce principe était indistinctement vrai dans notre ancienne jurisprudence, il en résulte nécessairement que les inscriptions prises sur les biens d'un débiteur après sa mort, devaient toujours demeurer sans effet, lorsqu'elles étaient suivies, soit de la répudiation absolue de tous ses héritiers, soit de leur acceptation par bénéfice d'inventaire, quelle que fût d'ailleurs l'époque de cette répudiation absolue et de cette acceptation.

» Il est cependant un cas où, dans le ressort du ci-devant parlement de Douai, l'ancienne jurisprudence n'admettait pas ce principe : c'est celui où l'hypothèque était prise plus de dix jours avant la manifestation légale de la déconfiture de la succession, c'est-à-dire, soit avant que la succession eût été acceptée par bénéfice d'inventaire, soit avant que, sur l'abstension ou la renonciation des héritiers présomptifs, la masse des créanciers eût été saisie et mise en possession de l'hérédité, par l'établissement d'un curateur; et voici comment on raisonnait à cet égard.

» Par la règle, *le mort saisit le vif*, disait-on, la succession est dévolue de plein droit, non à la masse des créanciers, mais à l'héritier du défunt. Ainsi, tant que l'héritier n'a pas renoncé, tant qu'il n'est pas forclos de prendre qualité, en un mot, tant qu'il n'est pas dessaisi de la succession, la succession, quoique jacente, est toujours censée lui appartenir; et dès-là, rien ne peut empêcher les créanciers de prendre leurs sûretés hypothécaires sur les biens qui la composent.

» C'est ce qu'ont jugé plusieurs arrêts du parlement de Douai, non pour les inscriptions hypothécaires qui n'existaient pas encore aux époques où ils ont été rendus, mais, ce qui revient au même, pour les hypothèques qui s'acquéraient par *mise de fait, clain* ou *plainte à loi*.

» Joseph Dupont, marchand à Lille, avait fait exploiter une mise de fait sur les biens de l'hérédité jacente de Claire Brigitte Dubar, qui était décédée sa débitrice. Plusieurs mois après, l'héritier apparent de celle-ci renonça à la succession; un curateur y fut établi, et alors s'éleva la question si Joseph Dupont devait être colloqué comme créancier hypothécaire. Sentence de la gouvernance de Lille, du 17 février 1702, qui prononce en faveur de Joseph Dupont; et, sur l'appel, arrêt du 6 juin 1704, qui la confirme.

» Le sieur Vandermaër, prévôt de Lille, étant mort le 19 juin 1750, sa veuve se hâta de pratiquer des mises de fait pour sûreté de sa dot et de son douaire. Dans la suite, les héritiers présomptifs, poursuivis par les autres créanciers pour prendre qualité, renoncèrent à la succession. Question de savoir si la veuve avait acquis hypothèque par ses mises de fait. Par arrêt du 8 mai 1751, il fut ordonné qu'elle serait colloquée comme créancière hypothécaire.

» Mais il est à remarquer que, dans ces deux espèces, il y avait un intervalle considérable entre l'exploitation des mises de fait, et la manifestation de la déconfiture de la succession. Qu'eût-il donc fallu décider, si cet intervalle n'eût pas été de dix jours, et que

Digitized by Google

le débiteur eût été marchand? La question s'est présentée deux fois, dans cette hypothèse, au parlement de Douai.

» François Clais, marchand à Lille, étant mort au commencement de novembre 1724, Marie-Françoise Potteau, sa veuve, renonça à la communauté le 7 du même mois. Le même jour, en vertu de son contrat de mariage qui lui assurait des reprises, elle fit saisir par *clain* tous les biens de la succession. Le surlendemain 9, les créanciers firent nommer un curateur à la succession elle-même. Le 23 avril 1725, sentence des échevins de Lille, qui colloque la veuve Clais en ordre d'hypothèque, en vertu de son *clain*. Opposition de la part des créanciers chirographaires. Sentence du 29 novembre 1726, qui les déboute. Appel. Par arrêt du 29 novembre 1728, les deux sentences sont infirmées, et la veuve Clais rangée dans la classe des simples créanciers chirographaires.

» Jean-Baptiste Hellin, marchand à Lille, meurt sans avoir jamais essuyé ni condamnation ni protêt, et néanmoins avec une fortune très équivoque. Son fils n'accepte ni ne répudie la succession. Pendant qu'il délibère, Nollet, créancier de vingt mille et quelques cents livres, fait pratiquer, le 31 mars 1756, une mise de fait sur tous les biens de l'hérédité. Le 2 avril suivant, le fils du défunt renonce personnellement à la succession, et l'accepte comme tuteur d'un de ses enfans encore mineur. Le 5 du même mois, les autres créanciers, pour écarter la préférence hypothécaire qui résulterait de la mise de fait de Nollet, obtiennent des échevins de Lille une sentence sur requête, qui, à leurs risques et périls, déclare le défunt et son héritier faillis, ordonne l'apposition des scellés, et nomme un curateur à la succession. Procès entre eux et Nollet. Celui-ci soutient qu'il est permis d'acquérir hypothèque sur les biens d'une hérédité non encore acceptée, et que sa mise de fait ne peut pas être neutralisée par une faillite imaginaire, ouvrage des créanciers eux-mêmes. On répond que, par la déclaration du 27 mars 1718, qui rend commune au ressort du parlement de Douai celle du 18 novembre 1702, toute hypothèque acquise par contrat ou jugement sur les biens d'un débiteur, dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite, est nulle, comme non avenue et sans effet; qu'à la vérité, cette loi ne parle pas de l'hypothèque acquise par mise de fait, mais que la raison est la même à cet égard que pour l'hypothèque acquise par jugement, puisque la mise de fait se pratique malgré et contre le débiteur, comme le jugement s'obtient malgré et contre lui; que, du reste, Nollet ne peut pas critiquer la déclaration de faillite prononcée sur la requête des créanciers chirographaires; qu'elle est approuvée par le silence de l'héritier, et que celui-ci serait seul recevable à la contester. Sur ces débats, sentence du 3 août 1751, qui, *sans avoir égard à la déclaration de faillite, décrète la mise de fait pratiquée par Nollet*. Les créanciers chirographaires appellent de ce jugement; et après une instruction très-approfondie, arrêt du 14 août 1759, qui, *avant faire droit ordonne aux parties de se retirer par devers le roi, pour avoir l'interprétation de sa volonté sur la déclaration du 27 mars 1718*.

» Quel a été l'objet de ce renvoi? C'est ce que l'arrêt ne nous apprend pas. Il a pu être motivé sur le doute que la déclaration du 26 mars 1718 fût applicable à la simple déconfiture d'une hérédité; mais il a pu aussi l'être sur le doute que la disposition de cette loi, bornée aux hypothèques acquises par contrats et par jugemens, pût être étendue aux hypothèques acquises par mise de fait.

» Quoi qu'il en soit, il paraît que le renvoi n'a pas eu de suite, et que l'interprétation désirée par le parlement de Douai, n'a pas eu lieu. La question de savoir si l'on doit, en matière d'hypothèque, assimiler la déconfiture d'une succession à une faillite, est donc restée entière.

» On l'a depuis résolue par la loi du 9 messidor an 3, et voici comment. L'art. 11 de cette loi porte que *les jugemens rendus dans les dix jours antérieurs à la faillite, banqueroute ou cessation publique de paiement d'un commerçant, ne sont point susceptibles d'hypothèque*. Et l'art. 12 ajoute: *ne sont pareillement susceptibles d'aucune hypothèque les condamnations obtenues contre l'hérédité acceptée sous bénéfice d'inventaire, ou le curateur à la Succession vacante*.

» Il y a, comme vous le voyez, entre ces deux articles, deux différences très-importantes.

» L'art. 11 ne parle que des condamnations obtenues contre les commerçans. L'art. 12 parle des condamnations obtenues contre l'hérédité, soit bénéficiaire, soit vacante, de toute personne commerçante ou non.

» L'art. 11 fait remonter aux dix jours qui précèdent la faillite, banqueroute ou cessation publique de paiement, la paralysie dont il frappe, relativement aux effets hypothécaires, les condamnations obtenues contre un marchand failli. L'art. 12 ne fait nullement rétroagir à cet égard, soit l'acceptation d'une

Digitized by Google

hérédité sous bénéfice d'inventaire, soit l'établissement d'un curateur à la Succession vacante; et par conséquent il tient pour valables, quant aux effets hypothécaires, les jugemens rendus même la veille, soit de cette acceptation, soit de cet établissement.

» Au surplus, de ces deux articles, nous ne retrouvons que le premier dans l'art. 5 de la loi du 11 brumaire an 7; mais nous l'y retrouvons agrandi, en quelque sorte, par un mot qui rend sa disposition commune à tous les débiteurs, même à ceux qui ne sont pas marchands: *L'inscription* (porte-t-il) *qui serait faite dans les dix jours avant la faillite, banqueroute ou* CESSATION PUBLIQUE DE PAIEMENT D'UN DÉBITEUR, *ne confère point hypothèque.*

» Il n'est point là question, comme vous le remarquez, de l'inscription prise, soit sur une hérédité bénéficiaire, soit sur le curateur à une Succession vacante, encore moins de l'inscription prise dans les dix jours antérieurs, soit à l'acceptation d'une hérédité sous bénéfice d'inventaire, soit à la nomination d'un curateur. Que devons-nous conclure du silence de la loi du 11 brumaire an 7 sur ces deux points importans? Que devons-nous conclure surtout de l'abrogation générale que fait cette loi, art. 56, de toutes les dispositions de celle du 9 messidor an 3?

» Ce serait aller bien loin, que d'en conclure qu'on peut prendre inscription sur les biens d'une Succession vacante, après qu'il y a été établi un curateur. Très-certainement une succession à laquelle il a été établi un curateur, est en déconfiture ouverte; or, il a été reconnu dans tous les temps que les biens en état de déconfiture sont le gage commun de tous les créanciers, qu'ils leur sont dévolus à tous également, que tous ont un droit acquis et incommutable à en partager entre eux le produit par contribution; et l'on ne peut pas présumer que les rédacteurs de la loi du 11 brumaire an 7 aient eu, en omettant d'y insérer l'art. 12 de celle du 9 messidor an 3, l'intention d'abroger un principe aussi constant, aussi universellement reçu, aussi évidemment fondé en raison.

» On ne peut pas présumer davantage qu'ils aient voulu faire entendre, par l'omission de cet article, que l'on pût prendre inscription sur les biens d'une hérédité bénéficiaire. Le moyen, en effet, de concevoir qu'ils aient eu seulement la pensée d'habiliter à donner ou à laisser prendre hypothèque sur de pareils biens, un héritier qui ne l'est que de nom, qui n'a que les pouvoirs d'un simple administrateur, qui ne peut pas même payer un créancier avant l'autre, et dont les paiemens, lorsqu'il se permet d'en faire, peuvent, aux termes du §. 6 de la loi 22, C. *de jure deliberandi*, être révoqués par le créancier auquel ils font préjudice? Le moyen de concevoir qu'ils aient voulu, par là, abroger, non seulement la maxime consacrée par l'art. 12 de la loi du 9 messidor an 3, mais encore la jurisprudence antérieure qui y était conforme?

» Nous disons que la jurisprudence antérieure à la loi du 9 messidor an 3, était conforme à l'art. 12 de cette loi, et c'est une vérité facile à établir.

» Le président Maynard, liv. 2, chap. 42, après avoir rappelé la disposition de l'ordonnance de François Ier, qui donne hypothèque aux *cédules* ou obligations sous seing-privé, du jour qu'elles ont été reconnues en justice, s'explique en ces termes: *Étant donc telles reconnaissances de cédules poursuivies après la mort du débiteur et pendant l'instance de distribution de ses biens contre ses héritiers par bénéfice d'inventaire, ou bien, au défaut d'iceux, contre le curateur donné aux biens vacans et mis en générale disposition; si, par telles ou semblables reconnaissances, les créanciers chirographaires pourront prétendre hypothèque qui les puisse préférer les uns aux autres pour le paiement de leurs dettes? Cette question s'étant présentée en la cour de Toulouse, au procès de la distribution de feu Durand de Fayac, le procès fut porté en la seconde chambre des enquêtes, nous y opinant....., et après départi à la grand'chambre, jugé et arrêté, au mois de juin* 1577, *telles et semblables preuves et reconnaissances de cédules et écritures privées ne produire aucun avantage aux créanciers qui les auraient poursuivies après la mort de ceux qui les avaient faites, et pendant l'instance, après leur décès, de la distribution de leurs biens; ains que tous, après les vrais hypothécaires, viendraient à la distribution des deniers* in tributum, *qui est au sol la livre, et à la déconfiture qu'on appelle. Ce que, comme conforme au droit commun, fut suivi depuis sans aucune difficulté en autre instance de distribution des biens de feu François Rahon, en la grand'chambre, nous y opinant; et fut trouvé notable et de conséquence.*

» Rousseaud de la Combe, dans son recueil d'arrêts, chap. 15, en rapporte un du parlement de Paris, du 23 août 1737, qui juge absolument de même. En 1699, contrat de mariage passé à Liége pardevant notaires, entre Borier et la demoiselle Bellevarres. En 1721, décès de Borier. Sa succession, ouverte en

Digitized by Google

France, est acceptée sous bénéfice d'inventaire. Le 29 novembre 1721, la veuve obtient contre les héritiers bénéficiaires une sentence qui les condamne à lui payer ses reprises et conventions matrimoniales. Dans la suite, les biens sont vendus à la requête des créanciers; et alors s'élèvent, relativement à la veuve, deux questions également intéressantes : la première, si, par son contrat de mariage passé en pays étranger, elle a acquis hypothèque sur les biens de son mari situés en France ; la seconde, si au moins elle n'est pas devenue créancière hypothécaire par l'effet de la sentence qu'elle a obtenue le 29 novembre 1721. Par l'arrêt cité, ces deux questions sont jugées contre la veuve ; et Rousseaud de la Combe, en le rappelant encore dans sa *Jurisprudence civile*, au mot *Hypothèqne*, sect. 2, n° 4, en tire cette conséquence : NOTA. *La mort du débiteur rend l'état de sa succession certain entre ses créanciers; ainsi, quoique, depuis son décès, quelqu'un de ses créanciers chirographaires ait fait reconnaître son billet avec le curateur à la Succession vacante, même avec l'héritier* (par bénéfice d'inventaire), *cela ne lui donne aucune préférence ni hypothèque sur les biens du défunt.*

» Enfin, cette jurisprudence a été trouvée si sage, si conforme aux vrais principes, qu'elle a été expressément consacrée, comme nous l'avons déjà dit, par l'art. 2146 du Code civil.

» Pourquoi donc les rédacteurs de la loi du 11 brumaire an 7 n'y ont-ils pas rappelé expressément la disposition de l'art. 12 de celle du 9 messidor an 3 ? C'est, ou parceque cette disposition leur aura paru inutile d'après l'extension qu'ils avaient donnée à l'art. 11 de cette dernière loi; ou, ce qui est bien plus vraisemblable, parcequ'ils auront trouvé que, même avec cette extension, elle n'allait pas encore assez loin. Ceci va s'expliquer, pour ainsi dire, de soi-même.

» Par l'art. 11 de la loi du 9 messidor an 3, il n'y avait que les *commerçans* sur les biens desquels on ne pût pas acquérir hypothèque dans les dix jours antérieurs à leur faillite, banqueroute ou cessation publique de paiement; mais l'art. 5 de la loi du 11 brumaire an 7 a étendu cette disposition à tous les débiteurs marchands ou non marchands. Ainsi, d'après la loi du 11 brumaire an 7, tout débiteur, quel qu'il soit, qui se trouve non seulement en *faillite*, ou *banqueroute* proprement dite, mais encore en *cessation publique de paiement*, c'est-à-dire, en déconfiture, ne peut plus ni donner ni laisser prendre hypothèque sur ses biens. Or, tel est incontestablement l'état d'une hérédité qui est mise sous la main de la justice, ou par un bénéfice d'inventaire ou par un établissement de curateur.

» Donc la loi du 11 brumaire an 7 n'a pas abrogé, mais a, au contraire, étendu la disposition de l'art. 12 de la loi du 9 messidor an 3, en faisant remonter aux dix jours antérieurs, soit à l'obtention du bénéfice d'inventaire, soit à la nomination du curateur, la défense que fait celle-ci de prendre inscription sur l'hérédité régie par un curateur ou par un héritier bénéficiaire ; donc il était inutile que la loi du 11 brumaire an 7 rappelât expressément la disposition de l'art. 12 de la loi du 9 messidor an 3; donc cette seule considération a pu motiver le silence de la première sur la nullité des inscriptions prises dans les dix jours antérieurs à la répudiation ou à l'acceptation bénéficiaire d'une hérédité.

» Mais pour admettre que tel ait été le motif de silence, il faut supposer que, dans l'esprit des rédacteurs de la loi du 11 brumaire an 7, les inscriptions prises sur une hérédité jacente, plus de dix jours avant sa répudiation ou son acceptation bénéficiaire, devaient produire hypothèque; il faut supposer qu'ils ont approuvé, avec la modification résultant de l'art. 5 de cette loi, la jurisprudence du ci-devant parlement de Douai, qui faisait valoir les hypothèques prises sur une hérédité jacente, tant qu'elle n'était pas répudiée expressément ou acceptée sous bénéfice d'inventaire.

» Et, il faut le dire franchement, il n'est pas à présumer que les rédacteurs de la loi du 11 brumaire an 7 aient donné leur assentiment à une pareille jurisprudence, non seulement parcequ'il est probable qu'ils ne la connaissaient pas, mais encore et principalement parcequ'elle était contraire aux principes.

» A la vérité, par la règle *le mort saisit le vif*, l'héritier acquiert de plein droit la propriété et la possession de tous les biens du défunt; mais il faut pour cela qu'il le veuille, et qu'il en manifeste la volonté par une déclaration expresse, ou par le fait; car *nul n'est héritier qui ne veut*. Et si, au lieu d'accepter la succession à laquelle il est appelé, il la répudie, les effets de la répudiation se reportant au moment même du décès, il est censé n'avoir jamais été saisi de rien, et la succession est considérée comme vacante et abandonnée dès le premier instant de son ouverture. Par la même raison, s'il accepte sous bénéfice d'inventaire, cette acceptation rétroagit jusqu'à l'ouverture de l'hérédité, et c'est comme héritier bénéficiaire qu'il est ré-

Digitized by Google

puté avoir recueilli les biens dès le principe. Ainsi, dans l'un et l'autre cas, la succession est censée avoir été en déconfiture du moment où elle a été ouverte. Dans l'un et l'autre cas, toute acquisition d'hypothèque est devenue impossible à compter de ce moment; dans l'un et l'autre cas, il est indifférent qu'une hypothèque ait été prise avant ou dans les dix jours qui ont précédé, soit la répudiation, soit l'acceptation sous bénéfice d'inventaire.

» Le tribunal d'appel de Douai aurait donc bien jugé, s'il eût déclaré nulle l'inscription prise par la veuve Moran le 3 pluviôse an 7, c'est-à-dire, plus de dix jours avant l'établissement d'un curateur à la succession de son mari; mais nous n'avons pas à nous occuper du jugement qu'il a rendu à cet égard. Ce qu'il importe seulement à remarquer, c'est qu'en prononçant la nullité de l'inscription prise le 8 du même mois par Eugène Prevost, il n'a violé aucune loi, et qu'il a, au contraire, bien jugé, quoique par de mauvais motifs.

» Nous estimons en conséquence qu'il y a lieu de rejeter la demande en cassation, et de condamner le demandeur à l'amende ».

Arrêt du 4 thermidor an 12, sur délibéré, au rapport de M. Lasaudade, par lequel,

« Attendu que, suivant les lois des pays de nantissement, l'obligation consentie à Prevost par Moran devant notaires, le 13 nivôse an 6, ne lui conférait point d'hypothèque; que cette hypothèque n'a été acquise que par la transcription de ladite obligation faite au greffe du tribunal civil du département du Nord, le 23 du même mois;

» Que, pour conserver cette ancienne hypothèque, Prevost aurait dû, aux termes des art. 17 et 40 de la loi du 11 brumaire an 7, indiquer dans son inscription, non pas seulement l'obligation du 13 nivôse an 6, qui est le titre de sa créance, mais spécialement la transcription de cette obligation au greffe du tribunal civil, qui seule lui conférait hypothèque, ce qu'il n'a pas fait;

» Attendu, d'une part, que, lorsque Prevost a pris inscription le 8 pluviôse an 7, la déconfiture de la succession de Moran était constante; que, dans cet état, aux termes de la jurisprudence ancienne, aucun créancier ne pouvait faire sa condition meilleure au préjudice des autres; d'où il suit que le jugement attaqué, en déclarant nulle et sans effet l'inscription prise par Prevost dans cette circonstance, n'a violé aucune loi;

» Attendu que le défaut de prononcer sur la tierce-opposition et sur le mérite de la préférence accordée à la veuve Moran, ne pouvait donner ouverture qu'à la requête civile et non à la cassation;

» La cour rejette le pourvoi..... ».

V. l'article *Nantissement*, §. 1, et le plaidoyer du 15 décembre 1809, rapporté aux mots *Inscription hypothécaire*, §. 3.

II. La quatrième question s'est élevée, non entre les créanciers d'une Succession vacante, mais, ce qui revient au même, entre les créanciers d'une faillite.

Le 11 floréal an 13, le sieur Berges, négociant à Bordeaux, obtient un jugement qui condamne le sieur Ollié, marchand de la même ville, à lui payer une somme de 1,575 francs.

Le 20 messidor suivant, faillite du sieur Ollié.

Le 29 thermidor de la même année, le sieur Berges prend, en vertu du jugement du 11 floréal, une inscription hypothécaire sur les biens du failli.

Le 5 vendémiaire an 14, concordat entre le failli et ses créanciers chirographaires.

Le 29 brumaire suivant, jugement du tribunal de commerce de Bordeaux qui homologue ce concordat.

Le sieur Berges est ensuite assigné devant le même tribunal, à la requête du sieur Ollié, pour voir déclarer ce jugement commun avec lui.

Il répond qu'étant créancier hypothécaire en vertu d'un jugement antérieur à l'ouverture de la faillite, il ne peut pas être tenu d'accéder au concordat.

Le sieur Ollié réplique que le jugement du 11 floréal an 13 n'aurait pu devenir un titre hypothécaire, que par une inscription prise avant l'ouverture de la faillite.

Jugement qui, attendu que le sieur Berges est resté dans la classe des créanciers chirographaires, déclare l'homologation du concordat commune avec lui.

Appel de la part du sieur Berges; et le 16 octobre 1807, arrêt de la cour de Bordeaux qui met l'appellation au néant.

Le sieur Berges se pourvoit en cassation et expose ainsi ses moyens :

« Avant la loi du 11 brumaire an 7, une condamnation judiciaire conférait hypothèque; et de la date du jugement dépendait le rang du créancier.

» Mais, sous l'empire de cette loi, l'hypothèque conventionnelle ou judiciaire n'existait qu'*à la charge de l'inscription;* et le rang des créanciers hypothécaires était réglé, non par la date de leur titre, mais par celle de l'inscription.

Digitized by Google

» La loi de brumaire an 7 distinguait, relativement à l'inscription, les hypothèques des priviléges. *L'hypothèque*, disait l'art. 2, NE PREND RANG, ET LES PRIVILÉGES N'ONT D'EFFET, *que par l'inscription*. Donc les *priviléges* étaient essentiellement subordonnés à leur publicité par l'inscription; mais, quant aux *hypothèques*, l'inscription n'était nécessaire que pour fixer le *rang* entre les divers créanciers hypothécaires; elle pouvait d'ailleurs produire des *effets*.

» Le Code civil, en adoptant une partie des dispositions de la loi de brumaire an 7, a mieux marqué la différence qu'il y a entre le droit d'hypothèque en soi, et le rang que l'hypothèque doit avoir.

» D'abord, ce Code, comme la loi de brumaire, distingue les hypothèques des priviléges; comme elle, il dit qu'entre les créanciers, les priviléges *ne produisent d'effet* que par l'inscription (art. 2106); et que l'hypothèque *n'a de rang que du jour de l'inscription* (art. 2134).

» Il déclare que l'hypothèque est de l'essence d'une condamnation judiciaire, qu'elle *résulte* d'un jugement (art. 2123).

» Un jugement peut donc, sans le secours de l'inscription, produire hypothèque; mais si le créancier qui a obtenu ce jugement, a négligé de prendre inscription, il est primé par tout autre créancier hypothécaire inscrit.

» C'est ce qui résulte de l'art. 2134, portant: *entre les créanciers, l'hypothèque, soit légale, soit judiciaire, soit conventionnelle, n'a de rang que du jour de l'inscription.*

» Voilà l'effet de l'inscription; elle sert à fixer le *rang* que les créanciers hypothécaires doivent avoir entre eux.

» Ainsi, si un créancier porteur d'un jugement en forme, en vertu duquel il n'a pas pris inscription valable, vient en concours avec des créanciers hypothécaires inscrits, il ne pourra être *rangé* parmi eux; mais, en perdant cet avantage du *rang*, il ne perd pas son hypothèque; il doit venir immédiatement après les créanciers inscrits, et par conséquent avant les simples créanciers chirographaires.

» L'art. 5 de la loi de brumaire disait que l'inscription faite dans les dix jours avant la faillite d'un débiteur, *ne confère point hypothèque*; ce qui supposait que l'hypothèque ne pouvait exister sans inscription prise en temps utile.

» On retrouve la même disposition dans l'art. 2146 du Code civil; mais on y remarque une modification qui écarte cette supposition.

» Ce Code déclare que les inscriptions prises dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite, *ne produisent aucun effet*.

» Or, comme le seul effet que produit une inscription, est d'assigner le rang que l'hypothèque doit avoir, il faut en conclure seulement que celles prises dans ce délai, doivent être considérées non-avenues.

» Mais, résulte-t-il de là qu'un créancier hypothécaire, non-inscrit avant ce délai, est assimilé aux créanciers chirographaires? Non sans doute.

» Il y a, sur ce point, cette différence entre la loi de brumaire et le Code civil, que, d'après les termes de la loi de brumaire, l'existence de l'hypothèque étant subordonnée à l'inscription, l'inscription était nécessaire pour la *conférer*; et que, dans le Code, l'hypothèque résultant des dispositions générales des art. 2117 et 2123, l'inscription prise dans les dix jours avant la faillite, ne peut *produire aucun effet*, c'est-à-dire, assigner au créancier le *rang* que son hypothèque pouvait avoir.

» S'il en était autrement, on confondrait des choses que le législateur a voulu séparer; on assimilerait les *hypothèques* aux *priviléges*; on placerait celles-là sur la même ligne que ceux-ci, quoiqu'il ait, relativement à l'inscription, essentiellement distingué les unes des autres.

» Objecterа-t-on que, si le créancier hypothécaire non inscrit devait être préféré aux simples créanciers chirographaires, il serait mieux traité qu'un créancier privilégié qui aurait négligé de prendre inscription.

» Il serait facile de repousser cette objection.

» Plus un droit est grand, plus les conditions que la loi impose pour l'exercer, doivent être rigoureusement observées.

» Le privilége est un droit sacré relativement au débiteur; mais à l'égard des tiers, il est un droit exorbitant, puisque l'inscription du titre qui le constitue, donne au créancier la prééminence du rang au préjudice de tous autres créanciers inscrits, même avant lui; et c'est précisément parceque cette faveur pouvait être exercée au détriment de plusieurs créanciers hypothécaires, que la loi a voulu que l'inscription seule en assurât l'effet, et qu'elle a expressément subordonné tout privilége à l'observation de cette formalité.

» Objectera-t-on encore que, d'après l'art. 2135 du Code civil, l'hypothèque, n'existant, indépendamment de l'inscription, qu'au profit des mineurs et autres, il faut en conclure qu'elle n'existe généralement qu'*à la charge de l'inscription*.

» La réponse serait encore facile. L'art.

Digitized by Google

2135 fait une exception à la règle établie par l'art. 2134. Celui-ci détermine le rang des hypothèques entre elles, et le subordonne à la date de l'inscription; et celui-là admet des exceptions sur ce point. Eh bien! Ceux en faveur desquels l'art. 2135 fait ces exceptions, peuvent, sans inscription, venir prendre à la date de leur titre un rang utile, un rang que tout autre individu ne pourrait remplir qu'en prenant inscription; et c'est ce qu'il faut entendre quand la loi dit que *l'hypothèque existe indépendamment de toute inscription au profit des mineurs.*

» Enfin, pour prouver jusqu'à l'évidence que l'hypothèque est indépendante de l'inscription, il suffit de lire l'art. 834 du Code de procédure. Cet article est ainsi conçu: *Les créanciers qui, ayant une hypothèque, aux termes des art.* 2123, 2127 2128 *du Code civil, n'auront pas fait inscrire leurs titres antérieurement aux aliénations qui seront faites à l'avenir des immeubles hypothéqués, ne seront tenus à requérir la mise aux enchères, conformément aux dispositions du chap.* 8, *tit.* 18, *liv.* 3, *du Code civil, qu'en justifiant de l'inscription qu'ils auront prise depuis l'acte translatif de propriété, et au plus tard dans la quinzaine de la transcription de cet acte.*

» Voilà une différence bien établie entre l'hypothèque proprement dite et l'inscription; et de cette différence, il résulte que le droit d'hypothèque peut exister sans inscription.

» En effet, dire, comme l'art. 824 du Code de procédure, qu'on a une hypothèque, aux termes des art. 2123, 2127 et 2134 du Code civil, quoiqu'on n'ait pas fait encore inscrire le titre de créance, c'est reconnaître que le créancier, par exemple, porteur d'une condamnation, doit être considéré comme créancier hypothécaire de son débiteur.

» L'arrêt de la cour d'appel de Bordeaux viole donc tous les principes consacrés, en matière d'hypothèques, par le Code civil. Il contrevient donc aussi, par suite, à l'art. 8 du tit. 11 de l'ordonnance du commerce du mois de mars 1673, qui affranchit les créanciers hypothécaires de toute composition, remise et atermoiement ».

A ces moyens, M. l'avocat-général Jourde a opposé les principes établis par M. Tarrible dans le *Répertoire de jurisprudence*, à l'article *Inscription hypothécaire*, §. 2, et desquels il résulte que l'inscription est nécessaire pour completter le droit d'hypothèque et le rendre efficace.

Par arrêt du 19 décembre 1809, au rapport de M. Bailly,

« Vu les art. 2134 et 2135 du Code civil;

» Et attendu qu'aux termes du premier de ces articles, l'hypothèque n'a de rang, entre les créanciers, que *du jour de l'inscription*, et que le second ne donne l'*existence*, INDÉPENDAMMENT *de toute inscription, qu'aux hypothèques des mineurs et des femmes mariées;*

» Vu aussi l'art. 2146 du même Code, qui veut que les inscriptions ne produisent *aucun effet*, si elles sont prises dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites, sont déclarés nuls; d'où il suit qu'à plus forte raison, elles ne peuvent en produire *aucun*, quand elles sont prises *après* que les faillites sont ouvertes;

» Considérant, en fait, que l'hypothèque prétendue par le sieur Berges, en vertu du jugement par lui obtenu contre le sieur Ollié, le 11 floréal an 13, n'a été *inscrite* que le 29 thermidor suivant, vingt et un jours après l'ouverture de la faillite dudit Ollié; et qu'en privant de *rang et d'effet* une telle hypothèque tardivement inscrite, l'arrêt dénoncé n'a violé, ni les dispositions du Code civil, ni l'art. 8 du tit. 11 de l'ordonnance du commerce, qu'il faut aujourd'hui concilier avec le principe de publicité, qui est une des premières bases du système hypothécaire;

» La cour rejette le pourvoi.... ».

§. II. *Les biens dépendans d'une Succession vacante, deviennent-ils de plein droit nationaux, ou ne prennent-ils ce caractère que lorsque la succession est acceptée par l'État?*

Ces biens sont-ils censés, tant que la succession est vacante, avoir éprouvé une mutation par décès? En conséquence, le curateur à la Succession vacante est-il tenu d'en faire la déclaration et d'en payer le droit de mutation au bureau de l'enregistrement?

Le 14 ventôse an 9, décès d'Ami Bouvier, huissier à Genève.

Le 21 prairial suivant, son fils mineur renonce à sa succession.

Le même jour, Louis Bourgeois est nommé curateur à cette succession, comme vacante par la répudiation de l'héritier.

Le 28 pluviôse an 10, contrainte à fin de déclaration des biens meubles et immeubles délaissés par Ami Bouvier, et de paiement du droit de mutation dû pour les transmissions par décès.

Le 10 germinal suivant, jugement du tribunal civil de l'arrondissement de Genève,

Digitized by Google

qui décharge le curateur de la contrainte, « attendu que l'art. 32 de la loi du 22 frimaire » an 7 ne soumet, en cas de décès, au droit » proportionnel d'enregistrement, que les » héritiers, légataires ou donataires, et nul- » lement les hoiries vacantes ».

Recours en cassation de la part de la régie de l'enregistrement.

« La question que vous offre ce recours (ai-je dit à l'audience de la section civile, le 9 prairial an 12), n'est pas nouvelle : plusieurs fois elle s'était présentée, sous l'ancien régime, relativement au droit de centième denier que le droit d'enregistrement remplace aujourd'hui, et qui ne différait de celui-ci, pour les mutations par décès, qu'en ce qu'il n'était point dû en succession directe, mais seulement en succession collatérale.

» Le 6 janvier 1770, l'intendant de Bordeaux avait débouté l'adjudicataire général des fermes, de la demande qu'il avait formée contre le curateur à la Succession vacante de Pierre Escourre, décédé sans enfans en 1767, du centième denier des biens immeubles qui dépendaient de cette succession. Il l'en avait débouté sur le fondement que la succession était vacante, *et qu'à défaut de translation de propriété, il ne pouvait pas y avoir ouverture au droit.*

» Le fermier a appelé de cette décision; et voici, d'après le vu de l'arrêt qui a prononcé sur son appel, dans quels termes il a établi ses griefs :

» *Le curateur à une Succession vacante, représente l'héritier; quoiqu'il soit considéré comme administrateur, c'est en lui que résident les actions actives et passives.* Le mort saisit le vif *à l'instant même; et la propriété ayant cessé d'appartenir au défunt dès le même moment, il s'ensuit qu'il y a mutation de propriété dans la personne de celui qui représente l'héritier. La mutation est si constante, qu'il est de principe indubitable, en matière féodale, que le curateur à une Succession vacante ne peut être reçu en qualité d'homme vivant et mourant, sans avoir payé le droit de relief de son chef; et que, faute d'y avoir satisfait, le seigneur est en droit d'exercer la saisie féodale. Ce principe, attesté par Ferrière sur Bacquet, chap. 14, a été confirmé par un arrêt du parlement de Paris, du 5 juin 1736, rendu en faveur du marquis de Roye, seigneur de la Ferté-au-Col, contre les créanciers et le curateur à la Succession vacante du duc de la Vieuville, mort sans enfans.*

» *Le conseil a également jugé, toutes les fois que la question s'est présentée, que le droit de centième denier était dû en pareil cas, et qu'il devait être acquitté par préférence à tous créanciers, singulièrement par un arrêt du 28 juin 1723, qui a condamné les créanciers de la Succession vacante du marquis de Chamlay, mort sans enfans, au paiement du centième denier des meubles qui en dépendaient, ainsi qu'à la peine du triple droit encourue.*

» *Le Roi, par sa réponse à l'art. 10 du cahier des États de Bourgogne, du 16 juin 1740, a confirmé encore la perception du centième denier des biens des Successions vacantes.....; et par arrêt du 9 mars 1745, le conseil a réformé une ordonnance de l'intendant de Bourges qui était contraire à ces principes.*

» A ces moyens d'appel, le curateur à la Succession vacante de Pierre Escourre et les syndis des créanciers unis opposaient une réponse ainsi conçue :

» *Le curateur à une Succession vacante ne représente point le défunt, il n'est que le tuteur de l'hérédité. Les Romains avaient des esclaves qu'ils nommaient* servi hereditarii, *et le* §. 2, *aux Institutes*, de heredibus instituendis, *définit parfaitement le rôle des curateurs aux Successions vacantes. L'hérédité vacante représente la personne du défunt et non celle de l'héritier, suivant la loi* 1re, §. 2, *D.* de curatore bonis dando; *et comme une hérédité ne peut jamais se discuter ni s'administrer elle-même, ou lui donne un curateur, comme on le donne au ventre et au pupille qui n'a point de tuteur. Si donc l'hérédité vacante ne représente que le défunt et non pas l'héritier, il n'y a point, dans la personne du curateur aux biens vacans, de mutation qui puisse produire des droits. Ce n'est pas assez d'ailleurs que représenter le défunt; il faut, pour opérer une mutation translative* de manu in manum, *le représenter comme héritier; il faut figurer l'héritier, parceque l'héritier seul, ou le légataire qui, en ce cas, est l'héritier testamentaire, prend la chose, la prend pour lui et représente de son chef. Il est incontestable que le curateur est absolument étranger au défunt.*

» *Si l'art.* 151 *de la coutume de Paris ouvre l'action de retrait sur les curateurs aux Successions vacantes, c'est décider que l'héritage ne leur a pas appartenu, et le considérer comme s'il sortait des mains du défunt en qui il était propre.*

» *Ainsi, il n'y a point de mutation en la personne du curateur; et s'il n'y a point de mutation, il n'y a point lieu au droit de cen-*

Digitized by Google

tième denier, qui n'est dû que pour la mutation en ligne collatérale.

» *Loyseau dit du curateur au fief déguerpi, qu'il n'y a point de mutation en sa personne, parceque, quand la coutume dit*, pour toute mutation, il y a rachat, *cela s'entend des mutations entières et parfaites*, quæ sunt ex utrâque parte.

» *Lalande rapporte, sur l'art. 4 de la coutume d'Orléans, un arrêt solennel de 1600 qui l'a jugé de même.*

» *Si l'on donne le curateur aux biens vacans pour homme vivant et mourant, c'est en considération de l'intérêt des seigneurs, qui, par la discussion des biens d'une Succession vacante, perdent souvent l'espérance de les voir adjuger; et il n'y a cependant de mutation que de la personne du défunt à l'acquéreur sur le curateur; c'est comme si le défunt avait vendu lui-même. Loyseau,* Traité du déguerpissement, *liv. 6, chap. 5, n° 18, tient qu'il n'est pas dû de relief par le curateur au fief déguerpi*, parceque, bien qu'il y ait ouverture du fief par le délaissement de l'ancien vassal, si est-ce qu'il n'y a encore aucune mutation actuelle du fief dont aucun n'est fait seigneur; et de ce que le curateur en fait la foi, ce n'est pas qu'il en soit seigneur ni qu'il demeure vassal, mais seulement il est vicaire et substitué, en attendant que, par la vente, il y ait un vassal.

» *Dumoulin, sur le §. 22 du tit. 1er de l'ancienne coutume de Paris, gl. 1, n° 5, distingue aussi l'ouverture de la mutation; et il dit que l'ouverture donne le droit de saisir, mais que la mutation acquiert le droit, s'il en est dû par la qualité de la mutation.*

» *C'est ainsi qu'ont pensé Dumoulin, Loyseau et Guyot, les plus grands feudistes; l'arrêt de 1600 l'a jugé de même.*

» *L'arrêt de 1736 est isolé; il a été rendu sans doute, ou trop précipitamment, ou dans des circonstances qu'on ignore. On ose seulement assurer que tous les auteurs se sont élevés contre une pareille décision, et que, si la question s'élevait de nouveau, il n'y aurait pas de parlement qui ne la jugeât contre la teneur de cette décision.*

» *Les arrêts du conseil de 1723 et 1745 et la décision de 1740 existent sans doute; mais on peut croire que les espèces ne ressemblent en rien à celle dont il s'agit. Le fait est d'autant moins douteux, qu'il n'y a, aux termes des réglemens, que les héritiers en ligne collatérale, donataires, légataires, institués, substitués et autres nouveaux possesseurs de biens immeubles, qui soient obligés à des déclarations et à payer le centième denier: or, un curateur à une Succession vacante n'est ni héritier, ni donataire, ni possesseur des biens immeubles; ainsi, la loi s'élève contre la demande de l'adjudicataire des fermes, et il y a de la justice à l'en débouter*

» Telle était la défense du curateur à la Succession vacante et du syndic des créanciers unis de Pierre Escourre. Voici maintenant la réplique du fermier:

» *Si, avant l'arrêt du parlement de Paris, du 5 juin 1736, il a paru qu'il y eût quelque diversité dans les opinions des auteurs sur les effets que devait produire la nomination d'un curateur à une Succession vacante, ce n'a été qu'aux yeux de ceux qui ont confondu ce curateur avec celui créé, soit aux biens d'un absent, soit à des biens déguerpis, soit à un fief saisi de la part des créanciers du vassal. Ils ont appliqué à ces différens curateurs les mêmes règles, d'où ils ont tiré les mêmes conséquences. Il y a cependant une distinction essentielle entre le curateur à une Succession vacante et les autres. Cette distinction a été remarquée par les auteurs qui ont approfondi la matière: ils ont en conséquence reconnu que, quand le vassal est vivant, comme dans le cas de déguerpissement, de saisie et même d'abandon, le curateur l'est seulement à la chose, c'est-à-dire, aux biens; mais que, lorsque le fief est ouvert par la mort du vassal, le seigneur peut, après quarante jours, saisir faute d'homme, si les héritiers, ou si les créanciers, en cas de renonciation de la part des héritiers, ne font faire la foi et hommage et payer le relief ou rachat par le curateur à la succession, qui devient l'homme du seigneur et vassal provisionnel.*

» *Auzanet, sur l'art. 34 de la coutume de Paris, et Bacquet*, Traité des droits de justice, *ont reconnu que le curateur à la Succession vacante devait faire l'hommage et payer le relief.*

» *Chopin, sur la coutume d'Anjou, liv. 2, titre* des rachats, *estime pareillement que le curateur à la Succession vacante doit le droit de rachat, parcequ'il n'y a point d'autre vassal, et qu'il est en la place des héritiers qui sont sujets à ce droit.*

» *Ferrière est du même avis dans son commentaire sur Bacquet; il s'explique encore disertement dans son Dictionnaire de droit, où, après avoir distingué les divers curateurs, il dit que celui aux biens vacans n'est pas réputé propriétaire, le débiteur vivant l'étant jusqu'à l'adjudication par décret; mais que, quoique le curateur à une Succession vacante ne soit pas réellement propriétaire,*

Digitized by Google

néanmoins, comme il est de l'intérêt du seigneur d'avoir un vassal ou un homme qui le représente, celui qui lui est donné pour et au lieu du vassal, doit faire la foi et hommage, parcequ'il tient lieu d'homme vivant et mourant; et il doit payer le droit de relief à cause de la mutation.

» *Loyseau, invoqué par les parties, n'est point d'un avis contraire; ce qu'il dit, n'est relatif qu'au déguerpi; et l'on ne cite de cet auteur que son avis sur les effets du déguerpissement.*

» *L'arrêt du 24 juillet 1600, rapporté par Lalande sur l'art. 4 de la coutume d'Orléans, ne fut aussi rendu que dans le cas de déguerpissement; et l'on en doit croire Guyot, qui, en rappelant cet arrêt, dit qu'il a disertement jugé en conformité du principe de Loyseau, en son liv. 6, des effets du déguerpissement.*

» *Par la distinction du vassal mort et du vassal vivant, on reconnaît ce que représente le curateur; il est hors de doute que celui aux biens déguerpis représente le dernier possesseur qui a déguerpi; et il est également certain que le curateur à la Succession vacante ne pouvant représenter un homme mort, représente effectivement l'héritier qui a renoncé, et auquel il est subrogé comme vassal provisionnel. Distinction chimérique d'ailleurs que cette représentation; car, si l'on dit que le curateur représente le défunt, ce n'est pas que l'on puisse prétendre qu'il passe pour la personne même du défunt; il ne le représente que comme l'héritier le représenterait; ce n'est que la renonciation de cet héritier qui a occasionné sa création, non pour disposer des biens à son gré, mais pour représenter l'héritier à tous autres égards.*

» *Si, pour jeter des doutes sur la question, on a affecté de l'embrouiller en confondant toutes les espèces de curateurs, il n'est plus permis d'en former depuis l'arrêt du parlement de Paris, du 5 juin 1736....., arrêt dont toutes les circonstances sont rapportées avec les moyens des parties dans le* Traité des fiefs *de Guyot, tome 2, chap. 4, sect. 6, pages 104 et suivantes: on y voit qu'il ne fut point rendu avec précipitation, puisque après plusieurs plaidoiries de part et d'autre, la cause fut appointée au conseil et jugée ensuite..... Il s'agissait de savoir s'il était dû* rachat *d'un fief situé dans la coutume de Meaux et dépendant de la Succession vacante du duc de Vieuville; et comme l'art. 138 de cette coutume ne donne le rachat que lorsqu'il y a mutation de fief hors la ligne directe, on contestait qu'il y eût une mutation en la personne du curateur, et en conséquence que le droit de rachat fût dû; mais l'arrêt, en jugeant pour l'affirmative, fait tomber tous les raisonnemens qui tendent à dire qu'il n'y a pas de mutation dans ce cas.*

» *Il est donc incontestable que, par la mort du possesseur sans enfans, et quoique sa succession devienne vacante par la répudiation de ceux que la loi appelait à lui succéder, il y a une mutation qui donne ouverture aux droits seigneuriaux; d'où il résulte que le droit de centième denier est également dû. Ce ne sont pas, en effet, les seuls nouveaux possesseurs qui sont assujétis à ce droit; l'édit du mois d'août 1700 ordonne, en termes positifs, qu'il sera payé à toute mutation de biens immeubles, soit par vente ou autre titre translatif de propriété, soit par succession en ligne collatérale; il est en cela conforme à l'art. 18 de la déclaration du 19 juillet 1704.*

» *Or, dans l'espèce particulière, il y a mutation, comme on vient de l'établir; et cette mutation est opérée à titre de succession, ouverte en ligne collatérale, par la mort de Pierre Escourre sans enfans. Il faut donc en conclure que le droit de centième denier est dû, et que, si cette question n'avait pas encore été jugée au conseil....., on ne pourrait absolument la décider d'une autre manière.*

» *Il n'est pas même nécessaire, pour opérer le droit de centième denier, qu'il soit nommé un curateur à la succession ouverte en ligne collatérale et devenue vacante, parceque, dès le moment de cette ouverture, le droit est aquis; c'est une charge de la succession qui n'intéresse point personnellement le curateur; il n'est tenu d'y satisfaire que comme administrateur et sur la chose même; en sorte que, si l'on se dispensait de nommer un curateur, les régisseurs ou autres administrateurs des biens ne seraient pas moins tenus de satisfaire au paiement du droit.*

» Sur ces moyens respectifs des parties, arrêt du 14 août 1770, par lequel, *vu l'édit du mois d'août 1706, l'art. 18 de la déclaration du 19 juillet 1704, les arrêts du conseil des 28 juin 1723 et 9 mars 1745, et la réponse de S. M., du 16 juin 1740, à l'art. 10 du cahier des États de Bourgogne; ouï le rapport....; le roi, en son conseil, sans s'arrêter à l'ordonnance de l'intendant de Bordeaux, du 6 janvier 1770, ordonne que le centième denier de tous les immeubles dépendans de la Succession vacante de Pierre Escourre, sera payé dans un mois pour tout délai.....*

» Vous voyez, Messieurs, que cet arrêt, eu égard au temps dont il porte la date, est rédigé dans une forme peu commune: non seulement on a l'attention d'y insérer tous

Digitized by Google

les moyens respectifs des parties, mais on le motive encore sur les dispositions des lois relatives au droit de centième denier; on a soin même d'y viser des jugemens antérieurs qui ne permettent pas de douter que telle n'ait été jusqu'alors la jurisprudence invariable du conseil; et cette jurisprudence on la maintient, on la consacre de nouveau par la condamnation du curateur à la Succession vacante de Pierre Escourre. Cet arrêt doit donc être considéré, moins comme une décision portée sur une espèce particulière, que comme une sorte de réglement général, donné en interprétation des lois qu'il rappelle.

» Mais cette interprétation, devons-nous l'appliquer au droit d'enregistrement? Nous le devons, sans doute, si le droit d'enregistrement est régi par des lois semblables à celles qui avaient établi le droit de centième denier: car il n'est pas permis de croire qu'en employant pour les droits d'enregistrement, les mêmes dispositions qui avaient créé le droit dont il tient actuellement la place, nos assemblées nationales aient voulu que ces dispositions fussent entendues par rapport à l'un, dans un sens différent que celui qu'on leur avait constamment donné par rapport à l'autre. Or, voici ce que portaient, relativement au droit de centième denier, les lois sur lesquelles était fondée la jurisprudence dont nous venons de vous reproduire les monumens.

» Édit de décembre 1703, art. 25 : *Voulons que les* NOUVEAUX POSSESSEURS DES BIENS IMMEUBLES A TITRE SUCCESSIF, *soient tenus de faire leurs déclarations auxdits greffes des insinuations, des biens immeubles* QUI LEUR SERONT ADVENUS PAR SUCCESSION, *et ce dans les six mois, du jour de l'ouverture desdites successions; ce que nous n'entendons néanmoins avoir lieu dans les cas de succession en ligne directe, si ce n'est dans les coutumes où il est dû quelques droits aux seigneurs pour les mutations en ligne directe; auquel cas néanmoins ne sera payé par lesdits successeurs en ligne directe, que moitié dudit droit de centième denier.*

» Déclaration du 19 juillet 1704, art. 18 : *Pour prévenir toutes contestations sur l'art.* 25 *de notredit édit* (de décembre 1703), *concernant les biens immeubles qui adviennent* PAR SUCCESSION, *voulons et entendons que* LES NOUVEAUX POSSESSEURS A TITRE SUCCESSIF *de biens et héritages nobles ou roturiers soient tenus d'en faire leurs déclarations auxdits greffes, dans les six mois du jour de l'ouverture desdites successions, et d'en payer les droits d'enregistrement sur le pied porté par les art.* 24 *et* 25 *de notredit édit.*

» Même déclaration, art. 21 : *En interprétant l'art.* 24 *de notre édit du mois de décembre* 1703, *concernant les titres translatifs de propriété des biens immeubles, voulons qu'à toutes mutations desdits biens par contrats de vente, échange, décrets, donations entre-vifs ou à cause de mort, legs,* SUCCESSIONS COLLATÉRALES, *ou autrement, en quelque manière que ce soit,* LES NOUVEAUX POSSESSEURS *soient tenus de payer le centième denier pour chacun desdits biens, soit qu'ils soient mouvans ou tenus en censive d'un ou de différens seigneurs.*

» Édit du mois d'août 1706 : *Voulons qu'à l'avenir, les droits de centième denier, ordonnés être payés par notre édit du mois de décembre* 1703, *soient payés à* TOUTES MUTATIONS *de biens immeubles qui arriveront, soit par vente, échange, donation, adjudication par décret, ou autre titre translatif de propriété, soit* PAR SUCCESSION EN LIGNE COLLATÉRALE..... *Dispensons et déchargeons du paiement des droits de centième denier, tous les biens immeubles qui écherront ci-après en ligne directe.*

» Telles étaient les dispositions de nos anciennes lois sur le droit de centième denier dû pour les mutations par décès.

» Écoutons maintenant nos lois nouvelles sur le droit d'enregistrement auquelles mêmes mutations sont assujéties.

» Loi du 5-19 décembre 1790, art. 2, §. 4 : *A défaut d'actes sous signature privée, contenant translation de nouvelle propriété, il sera fait enregistrement de la déclaration que les* PROPRIÉTAIRES *et les usufruitiers seront tenus de fournir, de la consistance et de la valeur de ces immeubles, soit qu'ils les aient* RECUEILLIS PAR SUCCESSION, *ou autrement, en vertu des lois et coutumes, ou par l'échéance des conditions attachées aux dispositions éventuelles.*

» Art. 12 : *Les déclarations des* HÉRITIERS, LÉGATAIRES *et donataires éventuels de biens immeubles, réels ou fictifs, prescrites par la quatrième section de l'art.* 2 *du présent décret, seront faites au plus tard dans les six mois qui suivront le jour de l'événement de la* MUTATION PAR DÉCÈS *ou autrement.*

» Loi du 22 frimaire an 7, art. 4 : *Le droit proportionnel est établi pour..... toute transmission de propriété, d'usufruit ou de jouissance des biens meubles et immeubles, soit entre-vifs, soit par décès.*

» Art. 27 : LES MUTATIONS DE PROPRIÉTÉ OU

Digitized by Google

D'USUFRUIT PAR DÉCÈS *seront enregistrées au bureau de la situation des biens.* LES HÉRITIERS, DONATAIRES OU LÉGATAIRES, *leurs tuteurs ou curateurs, seront tenus d'en passer déclaration détaillée, et de la signer sur le registre.....*

» Art. 32 : *Les droits de déclarations des* MUTATIONS PAR DÉCÈS, *seront payés par les héritiers, donataires ou légataires.*

» Quelle différence y a-t-il entre ces dispositions et celles des édits et déclarations de 1703, 1704 et 1706? Aucune. Dans les unes comme dans les autres, il est parlé des *mutations par décès*, des *nouveaux possesseurs à titre successif, des héritiers, des légataires.* Si donc il a été perpétuellement jugé que, d'après celles-ci, les curateurs aux Successions vacantes devaient payer le droit de centième denier, comment ne jugerait-on pas aujourd'hui qu'ils sont, d'après celles-là, sujets au droit d'enregistrement?

» Dira-t-on que la jurisprudence du conseil, sur le droit de centième denier, n'avait pas interprété, mais étendu arbitrairement les lois relatives à ce droit, et que, par cette raison, elle ne doit pas aujourd'hui être appliquée à l'enregistrement? Dira-t-on que c'est ici le cas de la maxime, *quod contrà rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias?*

» Mais d'abord, vous avez vu que le conseil n'avait fait qu'adapter aux lois institutives du droit de centième denier, l'interprétation qu'un arrêt célèbre du parlement de Paris, du 5 juin 1736, avait données aux dispositions des coutumes concernant le droit seigneurial de *rachat;* et nous devons observer ici, avec Denisart, au mot *Relief,* n° 55, que cet arrêt avait été précédé, de la part d'un magistrat aussi intègre qu'éclairé, de la part de M. l'avocat-général Chauvelin, d'une discussion approfondie, dont le résultat était que les curateurs aux Successions vacantes devaient le rachat ni plus ni moins que les héritiers proprement dits.

» Ensuite, est-il donc si difficile de justifier, et la jurisprudence du conseil sur le centième denier, et la jurisprudence du parlement de Paris sur le rachat? Est-il donc si difficile de prouver qu'il n'y a, dans l'une et l'autre, rien d'arbitraire, rien qui ne s'accorde parfaitement avec les principes, rien par conséquent qui n'en nécessite l'application à l'enregistrement?

» Que portent les lois de 1703, 1704 et 1706, relatives au centième denier? Que portent les coutumes, au sujet du droit de rachat? Que portent, sur le droit d'enregistrement, les lois des 15-19 décembre 1790 et 22 frimaire an 2? Deux choses qu'il faut bien distinguer : elles déterminent les cas où il y a ouverture à ces divers droits, et elles distinguent les personnes par qui ces divers droits doivent être acquittés.

» Sans contredit, en déterminant les cas où il y a ouverture au droit, elles disposent d'une manière absolue; mais en désignant les personnes qui doivent acquitter le droit, elles ne disposent que par forme de démonstration, *demonstrationis causâ;* et leurs dispositions à cet égard sont si peu limitatives, les personnes non désignées par elles, comme assujéties au droit, peuvent si peu se prévaloir de ce défaut de désignation expresse pour ne pas acquitter le droit, lorsqu'elles jouissent des biens qui en sont grevés, que, dans l'art. 32 de la loi du 22 frimaire an 7, il est dit positivement que *la nation aura action sur les revenus des biens à déclarer, en quelques mains qu'ils se trouvent, pour le paiement des droits dont il faudrait poursuivre le recouvrement.*

» Il importe donc peu que la loi, en désignant les personnes qui doivent acquitter le droit, ne parle que des héritiers, des légataires, de leurs tuteurs ou curateurs, et des exécuteurs testamentaires. Encore une fois, ces désignations ne sont pas exclusives; elles ne peuvent conséquemment pas soustraire à l'action nationale, le curateur à la Succession vacante, qui jouit des biens de cette succession; et, en effet, les biens de cette succession sont sujets au droit, comme les biens d'une succession acceptée.

» La question se réduit donc tout entière à ce seul mot : y a-t-il ouverture au droit d'enregistrement, pour cause de mutation par décès, lorsque la succession demeure vacante? Or, que faut-il pour qu'il y ait, en ce cas, ouverture au droit d'enregistrement? Il faut qu'il y ait *mutation par décès*, et il ne faut rien de plus : car c'est de la *mutation par décès* que les lois des 5-19 décembre 1790 et 22 frimaire an 7 font dériver le droit dont il s'agit. Examinons donc s'il y a mutation par décès, lorsque la succession demeure vacante.

» Nous ne devons pas le dissimuler; un grand jurisconsulte, Dumoulin, sur l'art. 22 de l'ancienne coutume de Paris, a pensé, relativement au droit de rachat, que, pour qu'il y eût mutation par décès, il fallait tout à la fois, et que le fief eût cessé d'être dans une main, dans celle du vassal décédé, et qu'il eût passé dans une autre, dans celle de l'héritier. *Consuetudo*, dit-il, *loquitur in mutatione plenâ ex parte utriusque extremi,*

Digitized by Google

videlicet quandò feudum ab uno recedit et transit seu transfertur in alium. Mais déjà nous avons vu que, par un arrêt rendu en très-grande connaissance de cause, le 5 juin 1736, le parlement de Paris a condamné cette doctrine, comme l'avaient fait auparavant Bacquet, Chopin, Auzanet, le lieutenant civil Lecamus et Ferrière.

» Cette doctrine ne peut donc pas être une loi pour nous; et nous pouvons, sans témérité, la soumettre au creuset de la critique.

» Quel est, par rapport à la propriété, l'effet de la mort du propriétaire? *Mors omnia jura solvit :* le propriétaire, en perdant la vie, perd donc tous ses biens; tous ses biens sortent donc de sa main.

» Mais en sortant de sa main, que deviennent-ils? Si son héritier accepte immédiatement la succession, ils passent à l'instant même dans la main de son héritier. Si son héritier delibère, et cependant finit par accepter, ils sont encore censés lui avoir été transmis dès le moment où le défunt a cessé de vivre. Jusques-là, point de difficulté.

» Si l'héritier renonce, ou (ce qui, pour notre objet, revient au même), si, sans s'expliquer, il laisse écouler le delai que la loi lui accorde pour delibérer, à qui les biens appartiennent-ils? C'est ici le siége de la question. Et à cet égard, il est une vérité trop constante, quoi qu'en dise le défendeur, pour qu'on puisse sérieusement la méconnaître : c'est que la propriété ne peut jamais rester en suspens. *Rerum dominia* (dit Peregrinus, dans son Traité *de fidéicommissis*, art. 40, n° 6) IN PENDENTI STARE NEQUEUNT. *Et cette vérité* (ajoute Thévenot d'Essaule, dans son *Traité des substitutions fidéicommissaires*, page 189) *est incontestable dans notre usage; on y a toujours tenu pour règle indubitable, que la propriété ne peut pas être en suspens, et qu'il faut nécessairement qu'elle soit assise sur la tête de quelqu'un.* Les biens qui sont sortis par mort de la main de leur précédent possesseur, ont donc un propriétaire, même après que l'héritier présomptif a renoncé; puisque, s'ils n'en avaient point, leur propriété resterait en suspens, ce qui est légalement impossible.

» Mais ce propriétaire, quel est-il? C'est un être moral que la loi appelle HÉRÉDITÉ. *Les jurisconsultes romains* (dit encore à ce sujet Thévenot d'Essaule, page 188) *étaient si éloignés d'admettre la suspension de propriété, que, pour éviter cet inconvénient, ils avaient imaginé de* PERSONNIFIER L'HÉRÉDITÉ, *en la rendant* PROPRIÉTAIRE DES BIENS, *jusqu'à ce que l'héritier le devînt par l'adition.* C'est effectivement ce qui résulte de la loi 80, D. *de legatis :* Si, dit-elle, le légataire accepte le legs qui lui a été laissé purement et simplement, c'est sur sa tête que passe directement la propriété qui a d'abord résidé dans l'hérédité, et qui n'a jamais été transmise à l'héritier : *Si purè res relicta sit, et legatarius non repudiavit defuncti voluntatem, rectâ viâ dominium,* QUOD HEREDITATIS FUIT, *ad legatarium transit, nunquàm factum heredis.* La loi 34, D. *de acquirendo rerum dominio,* est encore plus expresse : *hereditas,* ce sont ses termes, *defuncti personam sustinet.* Enfin, la loi 31, §. 1, D. *de heredibus instituendis,* décide également qu'avant l'acceptation de l'héritier, *antè aditam hereditatem,* l'hérédité est considérée comme propriétaire des biens qui la composent, *hereditatem dominam esse,* et qu'elle tient la place du défunt, *defuncti locum obtinere.*

» L'hérédité est donc, avant l'acceptation de l'héritier, dans le même rapport avec le défunt, que le défunt l'est avec l'héritier après l'acceptation de celui-ci. De même donc que l'héritier, après son acceptation, représente le défunt, de même aussi le défunt, avant l'acceptation, est représenté par l'hérédité; de même donc que l'héritier, par son acceptation, est censé, par l'effet de cette représentation, avoir reçu des mains du défunt les biens que ce dernier a laissés, de même aussi, avant l'acceptation, le défunt est censé avoir transmis à l'être moral qu'on appelle *hérédité*, les biens dont il a été dépouillé par sa mort; de même donc, enfin, que l'héritier devient, par son acceptation, propriétaire à la place du défunt, de même aussi c'est à la place du défunt que l'hérédité est propriétaire avant l'acceptation. Donc, avant l'acceptation comme après, il y a mutation par décès; donc, avant l'acceptation comme après, il y a transmission de propriété par mort; donc, avant l'acceptation comme après, le droit d'enregistrement est dû, le droit d'enregistrement est exigible, lorsqu'une fois il s'est écoulé plus de six mois depuis l'ouverture de la succession.

» Nous disons, *depuis l'ouverture de la succession,* et nous ne sommes à cet égard que l'écho de l'art. 24 de la loi du 22 frimaire an 7; car c'est du jour *du décès* que cet article fait courir le délai de six mois qu'il accorde pour l'enregistrement des déclarations des biens *échus ou transmis par décès* même. Or, vous sentez quel nouveau degré de force et d'évidence cette disposition ajoute au principe que nous venons d'établir.

» En faisant courir du jour du décès, les

Digitized by Google

six mois qu'elle accorde pour faire la déclaration, la loi décide bien clairement que ce n'est pas du jour où l'héritier a pris qualité, que ce délai doit courir : elle décide par conséquent que ce délai court, alors même que l'héritier n'a point pris qualité; et par conséquent encore, elle décide que le droit est exigible, soit que l'héritier prenne qualité, soit qu'il renonce, soit qu'il s'abstienne; en un mot, qu'il est exigible dans le cas où la succession demeure vacante, comme dans le cas où elle est acceptée par l'héritier présomptif.

» Objectera-t-on que la succession, par cela seul qu'elle est vacante, appartient à l'État, et que par suite l'État ne peut pas se devoir à lui-même un droit d'enregistrement?

» Il est vrai que l'État est appelé, à défaut de parens et d'époux survivant qui veuillent accepter la succession, à la recueillir lui-même, et à s'en approprier tous les biens; mais c'est pour lui un droit purement facultatif; la maxime, *n'est héritier qui ne veut*, s'applique à l'État comme aux particuliers; et la conséquence qu'elle amène nécessairement, c'est que les biens dont est composée une succession répudiée par les parens et par l'époux survivant, ne deviennent pas de plein droit nationaux; qu'ils ne le deviendraient que dans le cas où l'État prendrait la qualité d'héritier; et que cette qualité n'étant pas prise par l'État, ils demeurent dans le domaine de l'être moral qu'on appelle *hérédité*.

» Vainement chercherait-on à éluder cette conséquence par les termes dont se sert le Code civil, pour déférer à l'État les successions qui ne sont acceptées ni par les parens successibles ni par l'époux survivant. Nous lisons, il est vrai, dans le Code civil, art. 767, qu'*à défaut de conjoint survivant, la succession est* ACQUISE *à la république*. Mais nous y lisons en même temps, art. 767, qu'à défaut de parens successibles, *les biens de la succession du défunt* APPARTIENNENT *au conjoint non divorcé qui lui survit*. Nous y lisons en même temps, art. 734, que, dans les successions collatérales, *la moitié dévolue à chaque ligne*, APPARTIENT *à l'héritier ou aux héritiers les plus proches en degré*. Et comme il est évident que par le mot, *appartient*, le Code civil n'entend pas rendre héritiers malgré eux, soit les époux survivans, soit les parens collatéraux, il est également certain que, par les termes *est acquise*, il n'entend pas rendre l'État héritier nécessaire des personnes dont les successions sont répudiées par tous ceux qui pourraient y prétendre avant lui.

» Aussi voyez avec quelle précision le Code civil lui-même trace la ligne de démarcation entre le cas où les agens de l'État acceptent pour lui la succession qui lui est dévolue, et celui où ils s'en abstiennent!

» Au premier cas, les art. 769 et 770 veulent que l'administration des domaines fasse apposer les scellés, qu'elle fasse faire un inventaire, et qu'elle obtienne, après trois publications et affiches, un jugement d'envoi en possession.

» Dans le second cas, au contraire, l'art. 790 suppose qu'il doit être établi un *curateur à la Succession vacante*, et c'est dans cette supposition qu'il dit : *Tant que la prescription du droit d'accepter n'est pas acquise contre les héritiers qui ont renoncé, ils ont la faculté d'accepter encore la succession, si elle n'a pas déjà été acceptée par d'autres héritiers; sans préjudice néanmoins des droits qui peuvent être acquis à des tiers sur les biens de la succession, soit par prescription, soit par actes valablement faits avec le curateur à la Succession vacante.*

» Inutile, après cela, de nous arrêter à l'argument que l'on pourrait tirer du principe établi par l'art. 3 du liv. 3, que *les biens qui n'ont pas de maître, appartiennent à la nation*. Cet article est évidemment inapplicable aux biens d'une Succession vacante : ces biens ne sont pas sans maître, ils en ont un légal dans la Succession elle-même, *hereditas domina est*; et encore une fois, il résulte de la combinaison des art. 769, 770 et 790, que les Successions vacantes n'appartiennent à l'État que lorsqu'il veut bien les accepter et les recueillir.

» Elle n'est pas nouvelle, au surplus, cette différence entre une succession qui demeure vacante, et une succession qui, du moment où elle devient vacante, est acceptée par le fisc. Elle était reconnue dans notre ancienne jurisprudence (sous l'empire de laquelle s'est ouverte, ce qui est à remarquer, la succession dont il s'agit dans l'espèce actuelle); et nous la trouvons écrite en caractères extrêmement lumineux dans le commentaire de Dumoulin, sur l'art. 22 de l'ancienne coutume de Paris. Voici dans quels termes la pensée de ce jurisconsulte a été rendue par M. Henrion, dans son *Traité des fiefs de Dumoulin, analysé* page, 95 : *Le propriétaire d'un fief meurt sans héritiers, ou ceux qui le sont répudient la succession. Le fief étant ouvert, le seigneur peut saisir féodalement.* LE FISC VIENT ENSUITE, QUI S'EMPARE DE CETTE SUCCESSION VACANTE; *alors, il y a changement de vassal, et de cet instant seulement le relief est dû au seigneur.* SI LE FISC LUI-MÊME REJETTE CETTE

Digitized by Google

SUCCESSION, A CAUSE DES DETTES DONT ELLE EST CHARGÉE, *le fief restant ouvert, le seigneur jouira de tous les fruits en vertu de la saisie; mais les créanciers pourront le forcer à donner main-levée en lui présentant la foi par le ministère d'un curateur à la chose abandonnée.*

» Loin de nous donc l'idée que les Successions vacantes appartiennent de plein droit à l'État; est dès-là, plus de prétexte pour ne pas aujourd'hui déclarer assujéties à l'enregistrement, comme elles l'étaient autrefois au centième denier, les Successions vacantes que l'État n'accepte point.

» Aussi avez-vous cassé, le 18 nivôse dernier, au rapport de M. Coffinhal et sur les conclusions de M. Jourde, un jugement du tribunal civil de l'arrondissement de Montpellier, du 19 ventôse an 10, qui avait déchargé du droit de mutation, réclamé par la régie de l'enregistrement, Charles Busson, l'un des créanciers de la Succession vacante de Jean-Pierre Paridier, et chargé de la régie des biens qui en dépendaient:

» *Vu* (avez-vous dit) *les art.* 4, 27 *et* 32 *de la loi du* 22 *frimaire an* 7;

» *Considérant que l'instant du décès du précédent propriétaire fixe celui de l'ouverture de la succession, ainsi que du droit d'enregistrement; et que ce n'est pas un motif d'en refuser ni même d'en différer le paiement après le délai prescrit par la loi, soit que ceux qui sont habiles à succéder, n'aient pas encore pris de qualité, soit que la succession ne soit acceptée que par le bénéfice d'inventaire, soit qu'elle soit répudiée et reste vacante, ou qu'elle soit administrée par un curateur; avec d'autant plus de raison que le droit devant être payé sur la valeur des biens sans aucune déduction des dettes ni charges, la renonciation, ordinairement déterminée par elle, ne peut, ni faire cesser le droit ouvert par le seul fait du décès, ni en modifier la perception;*

» *Le tribunal casse et annulle....*

» Nous estimons, par les même motifs, qu'il y a lieu de prononcer également la cassation du jugement du tribunal de Genève, du 10 germinal an 10 ».

Conformément à ces conclusions, arrêt du 9 prairial an 12, au rapport de M. Gandon, par lequel,

« Vu les art. 4, 24, 27 et 32 de la loi du 22 frimaire an 7;

» Considérant qu'il résulte de ces dispositions de la loi, que le droit d'enregistrement est ouvert par le décès, puisque l'art. 24 fait courir le délai pour faire la déclaration et acquitter le droit, du jour du décès, et non du jour de l'adition de l'hérédité; et que l'art. 39 punit de la peine d'un demi-droit en sus, celui qui n'a pas satisfait dans ce délai, à ce qu'exige l'art. 24;

» Considérant que le curateur à une Succession vacante, représente l'hérédité qui est un être moral, et au nom de laquelle hérédité il exerce toutes les actions actives et passives dont le défunt a été nécessairement dépouillé par l'événement de son décès; qu'ainsi, il y a transmission de propriété du défunt à son hérédité;

» Considérant enfin, que les dettes dont une hérédité est grevée, dettes qui sont presque toujours la cause de la répudiation ou de l'abstention des successions, ne peuvent, ni faire cesser le droit de mutation ouvert par le décès, ni en modifier la perception, puisque ce droit est dû sur la valeur brute des biens sans déduction des charges;

» La cour casse et annulle.... ».

Il a été rendu depuis un grand nombre d'arrêts semblables. *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Enregistrement* (*droit d'*), §. 43.

§. III. *Lorsque, sur l'appel d'un jugement qui rejette l'opposition d'une partie à la nomination d'un curateur à une Succession vacante, il intervient un arrêt qui infirme ce jugement et accueille l'opposition de l'appelant, la cour royale peut-elle, par le même arrêt, nommer elle-même un autre curateur?*

V. l'arrêt de la cour de cassation, du 7 février 1809, rapporté à l'article *Appel*, §. 14, art. 1, n° 6.

SUICIDE. §. I. *La complicité de Suicide est-elle un crime punissable aux termes de la loi? En d'autres termes, peut-on poursuivre et punir comme coupable d'assassinat, celui qui, connaissant l'intention d'une personne de se suicider, lui a fourni les instrumens nécessaires pour exécuter son projet?*

Le 6 février 1815, en vertu d'un arrêt de la cour d'appel de Metz qui accuse Catherine Lhuillier d'avoir assassiné son mari, et la renvoie devant la cour d'assises du département de la Moselle, le procureur général de cette cour dresse un acte d'accusation dont voici le résumé: « En conséquence, Catherine Lhuillier est accusée d'avoir homicidé son mari, » le 16 du mois de novembre dernier, en pro-

Digitized by Google

» fitant de l'état de faiblesse dans lequel l'a-
» vaient réduit les douleurs violentes et cor-
» rosives qu'il avait éprouvées la veille, pour
» lui passer une corde au col avec laquelle
» elle l'a étranglé, avec les circonstances
» que l'homicide a été commis volontairement
» et avec préméditation ».

Le 23 du même mois, après les débats, le président de la cour d'assises pose ainsi la question à résoudre par les jurés :

« L'accusée Catherine Lhuillier est-elle
» coupable d'avoir, le 16 novembre dernier,
» commis un homicide sur la personne de
» Louis François, son mari, avec toutes les
» circonstances comprises dans le résumé de
» l'acte d'accusation, savoir, que l'homicide
» a été commis 1° volontairement, 2° avec
» préméditation » ?

Le défenseur de l'accusée demande qu'à cette question, soit ajoutée celle-ci : « L'ac-
» cusée a-t-elle agi par imprudence, en ce
» qu'elle aurait fourni à son mari les instru-
» mens pour se détruire, sans avoir réfléchi
» aux suites que cela pourrait avoir » ?

Le ministère public s'oppose à ce que cette question soit présentée au jury, parce qu'elle tend à changer l'objet de l'acusation ; et conformément à son avis, le président déclare qu'il n'y a rien à ajouter à la question qu'il a posée.

Cela fait, le jury délibère, et déclare que « l'accusée est coupable de l'homicide de
» Louis François, son mari, comme y ayant
» co-opéré en lui fournissant les moyens né-
» cessaires à sa destruction ; qu'elle l'a fait
» volontairement et avec préméditation ».

Sur cette déclaration, le ministère public requert que la peine de mort soit appliquée à Catherine Lhuillier, comme coupable du crime de complicité d'assassinat.

Le défenseur de l'accusée soutient, au contraire, qu'elle doit être absoute, parceque le Suicide n'étant pas qualifié par la loi de crime, la complicité de Suicide ne peut pas être punie comme criminelle.

Arrêt qui, « attendu que la déclaration du
» jury porte textuellement que Catherine
» Lhuillier est coupable d'homicide sur la per-
» sonne de Louis François, son mari ; que le
» jury déclare également que l'homicide a été
» commis volontairement et avec prémédita-
» tion ; que l'explication surérogatoire et non
» demandée que le jury a donnée des motifs
» de sa conviction pour la culpabilité de Ca-
» therine Lhuillier, ne change, ne dénature
» et n'atténue pas ses déclarations affirmati-
» ves sur le fait de l'homicide et des circons-
» tances qui caractérisent un crime capital
» que la loi qualifie d'assassinat ; vu les art.
» 295, 296 et 302 du Code pénal, condamne
» Catherine Lhuillier à la peine de mort.... ».

Catherine Lhuillier se pourvoit en cassation contre cet arrêt.

« Les moyens de cassation qui vous sont proposés dans cette affaire (ai-je dit à l'audience de la section criminelle, le 27 avril 1815), nous paraissent offrir à l'examen de a cour trois questions :

» La première, si, dans la forme, le président de la cour d'assises a pu rejeter seul, et sans le concours des autres magistrats, la demande de l'accusée tendant à ce qu'il fût ajouté une question à celle qu'il avait posée ;

» La seconde, si, d'après la déclaration du jury, telle qu'elle était conçue et en la prenant dans son entier, la cour d'assises a pu légalement prononcer la peine de mort contre Catherine Lhuillier ;

» La troisième, si cette déclaration a pu être divisée par la cour d'assises, et si la cour d'assises a pu en retrancher, comme *surérogatoire*, l'explication que le jury avait donnée des motifs de sa conviction.

» Sur la première question, il n'est pas douteux qu'en thèse générale, il n'y ait lieu à cassation pour excès de pouvoir et incompétence, toutes les fois que le président d'une cour d'assises, de sa seule autorité et sans consulter les autres juges, a rejeté les réclamations élevées, soit par le ministère public, soit par l'accusé, contre la manière dont il avait posé les questions à résoudre par le jury.

» Mais cette règle que vous avez proclamée par plusieurs arrêts, n'est applicable, comme vous l'avez jugé le 5 novembre 1812, au rapport de M. Busschop et sur nos conclusions, qu'au cas où les réclamations élevées contre la position des questions, sont d'une telle nature, que, si elles avaient été accueillies, il eût pu en résulter un changement dans la réponse que le jury a faite aux questions posées par le président.

» Or, dans notre espèce, le jury a fait, pour l'accusée, par sa réponse à la question posée par le président, tout ce qu'il eût pu faire en sa faveur, s'il eût répondu directement à la question que la réclamation de l'accusée tendait à faire poser en seconde ligne.

» Si la question réclamée par l'accusée, eût été soumise au jury par le président, qu'eût dû faire le jury ? Il eût dû décider si l'accusée avait fourni à son mari les instrumens propres à se suicider ; si c'était en les lui fournissant qu'elle s'était rendue, envers lui, cou-

Digitized by Google

pable d'homicide; et si elle l'avait fait par imprudence, ou volontairement et avec préméditation.

» Eh bien ! Le jury a d'office décidé tout cela ; il a décidé que l'accusée s'était rendue coupable d'homicide envers son mari, mais qu'elle ne l'avait fait qu'en lui fournissant les instrumens qui avaient servi à sa destruction ; qu'elle les lui avait fournis volontairement et avec préméditation ; et que par conséquent elle ne les lui avait pas fournis par imprudence.

» Catherine Lhuillier a donc obtenu, par le résultat de la déclaration du jury, tout ce qu'elle aurait pu obtenir, si la question dont elle avait réclamé la position, eût été effectivement posée. Il n'est donc résulté, pour elle, aucun préjudice du refus que lui a fait le président de la cour d'assises de poser cette question. Elle n'est donc pas recevable à critiquer ce refus devant vous.

» Mais la cour d'assises a-t-elle pu, d'après la manière dont le jury avait répondu à la question posée par le président, et en prenant sa réponse à la lettre, prononcer contre Catherine Lhuillier, la peine portée par l'art. 302 du Code pénal ? C'est le second point que nous avons à examiner.

» L'affirmative serait incontestable, si, par la réponse du jury, Catherine Lhuillier était purement et simplement déclarée convaincue d'avoir homicidé son mari, de l'avoir homicidé volontairement, de l'avoir homicidé avec préméditation.

» Mais ce n'est point là ce que porte la réponse du jury : elle porte que *l'accusée est coupable de l'homicide de son mari, y ayant coopéré en lui fournissant, volontairement et avec préméditation, les moyens nécessaires à sa destruction;* et conséquemment elle se réduit à dire, en d'autres termes, que l'accusée n'est pas *auteur*, mais seulement *complice* de l'homicide de son mari, et qu'elle s'en est rendue complice, en fournissant à son mari, qui s'est homicidé lui-même, les moyens d'exécuter son funeste dessein.

» Si le mari de Catherine Lhuillier, en se suicidant, a commis un crime, nul doute que Catherine Lhuillier ne soit, d'après cette réponse, condamnée très-légalement. Car, d'un côté, l'art. 59 du Code pénal veut que, hors le cas où la loi en dispose autrement, les complices d'un crime soient punis des mêmes peines que les auteurs de ce crime; et de l'autre, l'art. 60 du même Code déclare complices d'un crime, *ceux qui auront procuré des armes, des instrumens ou tout autre moyen qui aura servi à l'action, sachant qu'ils devaient y servir.*

» Mais le suicide est-il un crime qualifié par la loi ? Non : la religion le condamne, mais la loi ne le punit pas.

» Inutile de dire que, si elle ne le punit pas dans la personne de son auteur, c'est par suite du principe général que la mort éteint le crime ; et que cette considération ne peut pas empêcher que le suicide ne soit puni dans la personne de ses complices.

» Cela serait bon, si la loi ne laissait impuni que le suicide consommé.

» Mais elle laisse également impunie la tentative du suicide qui a reçu un commencement d'exécution et dont l'effet a été empêché par une cause indépendante de la volonté de l'homme qui voulait se donner la mort.

» L'impunité du suicide ne dérive donc pas du principe que la mort éteint le crime; elle tient donc uniquement à la volonté qu'a eue la loi d'effacer le suicide de la liste des crimes dans laquelle il était inscrit par l'ancienne législation.

» Aussi est-il sans exemple que l'on ait puni, comme coupable de complicité de meurtre ou d'assassinat, l'individu qui n'a fait que procurer à un suicide les instrumens de sa propre destruction.

» Et cependant il n'est pas rare de voir rendre d'aussi cruels services à des hommes pour qui la vie est devenue un insupportable fardeau. Combien de fois n'a-t-on pas vu, notamment, des pères, des fils, des époux, se porter dans les prisons d'où leurs enfans, leurs pères, leurs maris, leurs femmes, ne devaient sortir que pour monter à l'échafaud; et là, leur presenter le poignard ou le poison comme un moyen de salut contre l'ignominie; les encourager, les déterminer même à s'en servir pour terminer leur déplorable existence, et se glorifier ensuite d'avoir ainsi arrêté l'action vengeresse de la loi, sans que jamais la justice les ait poursuivis, sans que jamais elle les ait recherchés.

» Il n'est donc pas possible, en prenant la déclaration du jury telle qu'elle est, de justifier l'arrêt attaqué du reproche de fausse application de la loi pénale.

» Et de là, la nécessité d'examiner notre troisième question, celle de savoir si la cour d'assises a pu diviser la déclaration du jury, et en retrancher, comme *surérogatoire*, l'explication que le jury y avait ajoutée d'office, sur la manière dont l'accusée lui paraissait avoir coopéré à l'homicide de son mari.

Digitized by Google

» Mais proposer cette question, c'est la résoudre pour la négative. Les juges ne sont, aux termes de l'art. 62 de la constitution du 22 frimaire on 8, que les applicateurs de la loi pénale aux faits déclarés par les jurés. Ils sont, dans l'application de la loi pénale, rigoureusement tenus de prendre les faits tels que les jurés les ont déclarés. Ils ne peuvent donc, ni rien ajouter, ni rien retrancher, à ces faits. Ils transgressent donc les limites de leur compétence, lorsque, soit pour absoudre, soit pour condamner, ils ajoutent ou retranchent aux faits déclarés par les jurés.

» Sans doute, les jurés transgressent eux-mêmes les limites de leurs attributions, lorsqu'ils se permettent d'intercaler dans leurs réponses, des faits ou des circonstances sur lesquels le président de la cour d'assises ne les a pas interrogés. Sans doute, leurs réponses doivent être calquées littéralement sur les questions qui leur ont été proposées par le président; et sans doute, il suit de là que, dans notre espèce, les jurés n'ont pas pu, au lieu de répondre simplement par *oui* ou par *non*, à la question que le président leur avait proposée, répondre en même temps à une question d'une autre nature, et dont l'accusée avait inutilement réclamé la position.

» Mais de là même, que devait conclure la cour d'assises? Elle devait en conclure que les jurés n'avaient pas rempli leur mission, qu'ils avaient fait ce qu'ils n'avaient ni dû ni pû faire, que ce qu'ils eussent pu et dû faire, ils ne l'avaient pas fait.

» Et par conséquent elle devait, en annulant la déclaration des jurés, les renvoyer dans leur chambre pour en donner une nouvelle, pour répondre cathégoriquement à la question posée par le président.

» Et par conséquent encore, il y a lieu, en cassant l'arrêt qui vous est dénoncé, de mettre la nouvelle cour d'assises devant laquelle vous renverrez la réclamante, à portée de réparer, en cette partie, l'erreur dans laquelle est tombée la cour d'assises du département de la Moselle : c'est à quoi nous concluons ».

Par arrêt du 27 avril 1815, au rapport de M. Busschop,

« Vu l'art. 410 du Code d'instruction criminelle....;

» Considérant que la déclaration du jury ne peut servir de base à une condamnation, que lorsqu'elle contient l'affirmation claire et précise d'un fait punissable, d'après les lois pénales;

» Que, dans l'espèce, il a été proposé au jury, conformément au résumé de l'acte d'accusation, la question suivante : *L'accusée Catherine Lhuilier est-elle coupable d'avoir, le 16 novembre dernier, commis un homicide sur la personne de Louis François, son mari, avec toutes les circonstances comprises dans le résumé de l'acte d'accusation, savoir, 1° que l'homicide a été commis volontairement, 2° avec préméditation?*

» Qu'au lieu de répondre cathégoriquement à cette question, comme le lui prescrivait l'art. 345 du Code d'instruction criminelle, le jury a déclaré que l'accusée était coupable de l'homicide commis volontairement et avec préméditation, en ajoutant (ce qui ne lui était point demandé) que l'accusée avait coopéré audit homicide, en fournissant à son mari les moyens nécessaires à sa destruction;

» Que de cette réponse qui caractérisait dans le même fait tout à la fois le crime d'assassinat, et la complicité d'un fait de suicide qui n'est puni par aucune loi pénale, il résultait une contradiction qui ne laissait plus d'élémens pour asseoir un arrêt, soit de condamnation, soit d'absolution.

» Que la cour d'assises, au lieu d'annuler cette déclaration irrégulière et de renvoyer les jurés dans leur chambre pour en faire une nouvelle, a laissé subsister ladite déclaration, et l'a prise pour base de la condamnation à la peine capitale qu'elle a prononcée contre l'accusée; que cette condamnation contient donc une fausse application des lois pénales;

» D'après ces motifs, la cour, faisant droit au pourvoi de Catherine Lhuillier, casse et annulle l'arrêt de la cour d'assises du département de la Moselle, du 23 février 1815...».

§. II. *N'y a-t-il que complicité de Suicide, n'y a-t-il pas plutôt assassinat proprement dit, lorsque, sur la provocation ou l'ordre d'une personne fatiguée de la vie, une autre la tue volontairement et avec préméditation?*

Un arrêt de la cour d'assises du département du Finistère, du 13 février 1827, avait jugé que, dans ce cas extraordinaire, il y avait assassinat, et par conséquent lieu à la peine de mort.

Jean-Marie Lefloth, contre lequel cet arrêt avait été rendu, s'est pourvu en cassation, et a soutenu qu'en donnant la mort à l'individu qui l'en avait instamment prié, il n'a-

Digitized by Google

vait été que le complice d'un Suicide, c'est-à-dire, d'un fait que la loi ne punit d'aucune peine ; et que, par conséquent, la cour d'assises, en le condamnant à la peine capitale, avait fait une fausse application de l'art. 302 du Code pénal.

Mais par arrêt du 16 novembre de la même année, au rapport de M. Bernard, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Laplagne-Barris,

« Attendu que, si le Suicide n'est point un fait puni par les lois pénales du royaume, il n'y a de Suicide proprement dit que lorsqu'une personne se donne elle-même la mort ;

» Que l'action par laquelle une personne donne volontairement la mort à autrui, constitue un homicide volontaire ou un meurtre, et non un Suicide ou un acte de complicité de Suicide ;

» Que le meurtre n'est excusable que dans les cas prévus par les art. 321 et 322 du Code pénal ;

» Que l'homicide ne cesse d'être considéré comme un crime ou un délit que lorsqu'il a été le résultat du commandement de la loi et de l'autorité légitime, ou de la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui ;

» Qu'il importe peu que la mort ait été donnée du consentement, par la provocation ou par l'ordre de la personne homicidée, puisque ce consentement, cette provocation ou cet ordre ne constituent ni un fait d'excuse, aux termes des articles précités, ni une circonstance exclusive de la culpabilité de l'action, aux termes des art. 327 et 328 du Code pénal ;

» Attendu que les lois qui protégent la vie des hommes, sont d'ordre public, et que les crimes et délits contre les personnes ne blessent pas moins l'intérêt général de la société que la sûreté individuelle des citoyens, et qu'aucune volonté particulière ne saurait absoudre et rendre licite le fait que les lois ont déclaré punissable, sans autres conditions ni réserves que celles qu'elles ont expressément établies.... ;

» La cour rejette le pourvoi.... (1) ».

§. III. *Le Suicide forme-t-il par lui-même une preuve ou une présomption suffisante d'aliénation d'esprit ; et doit-on en conséquence annuler comme fait en état de démence, le testament qui, de la part de son auteur, a été immédiatement précédé d'une tentative de Suicide, ou immédiatement suivi d'un Suicide effectif ?*

V. l'article *Testament*, §. 3.

SUISSE. *Les Suisses sont-ils sujets, en France, à l'arrestation provisoire autorisée par la loi du 10 septembre 1807 ?*

V. l'article *Etranger*, §. 4.

SUPPLÉANT (JUGE). §. I. *Avant le Code de commerce, l'assistance non nécessaire des Suppléans à un jugement rendu par une juridiction commerciale, en emportait-elle la nullité ?*

Cette question et deux autres qui sont indiquées sous les mots *Jugement*, §. 15, et *Tribunal de commerce*, §. 2, font la matière du plaidoyer suivant, qui devait être prononcé le 4 pluviôse an 12, à l'audience de la section des requêtes :

« Du rapport que vous venez d'entendre, il résulte

» Que des contestations s'étant élevées entre Lannux et Dubernard, commissionnaires à Séville en Espagne, d'une part, et les cit. Grandin et Delon, négocians à Paris, de l'autre, sur le prix, le poids et la qualité de laines achetées par les premiers en l'an 5, pour le compte des seconds ; ces contestations ont été portées au tribunal de commerce de Paris, qui, par jugement du 8 vendémiaire an 7, a renvoyé les parties devant des experts qu'il a qualifiés d'*arbitres*, pour les entendre, donner leur avis, et en cas de partage d'opinions, désigner un *tiers arbitre* ;

» Qu'en exécution de ce jugement, le cit. Janvert a été nommé arbitre par Lannux, et le cit. Paris pour les cit. Grandin et Delon ;

» Que les choses en cet état, Lannux et Dubernard ont obtenu des juges de Séville, des lettres rogatoires pour faire procéder devant divers tribunaux espagnols, à une enquête tendant à constater notamment quels étaient, en 1797, les prix communs des laines, dans les lieux où ils avaient acheté à cette époque celles qu'ils avaient envoyées aux cit. Grandin et Delon ;

» Que cette enquête a été faite, et que les procès-verbaux en ont été remis par Lannux et Dubernard, à leur arbitre Janvert ;

» Que Janvert et Paris s'étant trouvés d'avis différens, le tribunal de commerce a, par jugement du 8 fructidor an 7, nommé le cit. Bagueneau pour les départager ;

» Que celui-ci était sur le point de prononcer, après avoir examiné toutes les pièces avec les cit. Paris et Janvert, lorsque ce dernier fut récusé par les cit. Grandin et Delon ;

» Qu'alors, jugement est intervenu, le 18

(1) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 32, page 879.

Digitized by Google

frimaire an 8, par lequel il a été ordonné que Paris et Janvert rédigeraient leurs rapports, soit conjointement, soit séparément;

» Que Paris et Janvert ont effectivement rédigé chacun un rapport séparé; et qu'après en avoir ordonné la communication aux parties, le tribunal de commerce a rendu, le 22 prairial an 9, un jugement contradictoire par lequel, en déboutant les cit. Grandin et Delon de leur opposition à un précédent jugement par défaut, il les a condamnés à payer à Lannux et Dubernard, une somme de 225,390 francs;

» Que les cit. Grandin et Delon ont appelé de ce jugement, mais qu'il a été confirmé par le tribunal d'appel de Paris, le 28 prairial an 10; et que du point de savoir si, en le confirmant, il a violé quelque loi, dépend le sort de la demande en cassation qui vous est soumise.

» A l'appui de cette demande, quatre moyens sont employés par les cit. Grandin et Delon.

» Et d'abord, ils prétendent que le tribunal d'appel eût dû, d'après l'art. 29 de la loi du 6-27 mars 1791, annuler le jugement du tribunal de commerce du 22 prairial an 9, parcequ'à ce jugement avaient assisté deux Suppléans dont la présence n'était pas nécessaire. Ils pourraient ajouter que, dans une espèce semblable, un jugement du tribunal de commerce d'Angoulême, a été cassé par la section civile, le 7 brumaire an 4.

» Malgré le poids que donne cette cassation au premier moyen des demandeurs, on peut raisonnablement douter si l'art. 29 de la loi du 6-27 mars 1791 comprend dans sa disposition les Suppléans des tribunaux de commerce. Une chose bien certaine, c'est que cet article ne parle que des Suppléans des tribunaux ordinaires, et il était bien impossible qu'il s'occupât de ceux de tribunaux de commerce, puisqu'à l'époque du 6-27 mars 1791, les tribunaux de commerce n'avaient pas encore de Suppléans, la nomination de ces juges subsidiaires n'ayant été autorisée pour eux que par la loi du 16 juillet 1792.

» Cette observation ne résoud cependant pas toute la difficulté. Pesons bien les termes de la loi du 16 juillet 1792 : *L'assemblée nationale, considérant que plusieurs tribunaux de commerce se trouvent journellement dans l'impossibilité de remplir l'objet de leur établissement pour le cas d'absence ou récusation de plusieurs juges, la loi du 24 août 1790, relative à leur formation, ne les ayant pas autorisés à se nommer des Suppléans, décrète.... que, dans toutes les villes où il y a des tribunaux de commerce, il pourra être nommé quatre Suppléans, en se conformant pour leur nomination, aux formalités prescrites pour l'élection des juges desdits tribunaux de commerce.*

» Vous voyez que la nomination des Suppléans n'a été autorisée, pour les tribunaux de commerce, qu'afin de faire cesser l'*impossibilité* où se trouvaient ces tribunaux de *remplir l'objet de leur établissement*, lorsque plusieurs juges étaient absens ou récusés. Les Suppléans n'ont donc été créés que pour la même fin qui avait motivé la création des Suppléans dans les tribunaux de districts; ils semblent donc n'avoir été créés que pour remplacer les juges absens ou récusés, dans le cas où, par le défaut de ceux-ci, les tribunaux de commerce se trouveraient paralysés; ils semblent donc n'avoir été créés que pour siéger dans ces tribunaux, dans le cas où leur présence serait nécessaire; ils semblent donc, lorsqu'ils y siégent, sans que leur présence soit nécessaire, aller au-delà du but de leur institution, outrepasser les termes de la loi à laquelle ils doivent leur existence, et commettre un véritable excès de pouvoir. Il paraît donc que, tout jugement auquel ils concourent en pareil cas, devrait être annulé.

» Mais prenons garde à toutes ces conséquences : quelque bien liées qu'elles paraissent entre elles au premier coup-d'œil, une réflexion très-simple nous fera bientôt sentir qu'elles vont trop loin.

» La loi du 16 juillet 1792 s'explique sur les Suppléans des tribunaux de commerce, à peu près comme le faisait l'art. 5 du tit. 2 de celle du 24 août 1790 sur les Suppléans des tribunaux de district : *Il sera nommé* (portait cette dernière loi) *des Suppléans.... pour servir d'assesseurs, en cas d'empêchement momentané de quelques-uns des juges.*

» Certainement on aurait pu faire, d'après cette disposition, tous les raisonnemens que nous faisions tout à l'heure, d'après la loi du 16 juillet 1792. Cependant le législateur lui-même a reconnu depuis qu'elle n'était pas assez précise, pour autoriser les tribunaux à en conclure que les Suppléans ne pussent pas être appelés lorsque leur présence ne serait pas rigoureusement nécessaire; et comment l'a-t-il reconnu? En faisant de ce principe l'objet d'une disposition nouvelle, en ordonnant par l'art. 29 de la loi du 6-27 mars 1791, *que les Suppléans ne seraient appelés par le tribunal, que dans le cas où leur assistance serait nécessaire à la validité des jugemens.*

» Or, encore une fois, la loi du 6-27 mars 1791 est étrangère aux Suppléans des tribunaux de commerce; il n'y a rien de plus pour

Digitized by Google

ceux-ci dans la loi du 16 juillet 1792, qu'il n'y avait, pour les Suppléans des tribunaux de district, dans la loi du 24 août 1790. Les Suppléans des tribunaux de commerce sont donc encore aujourd'hui ce qu'étaient les Suppléans des tribunaux de district avant la loi du 6-27 mars 1791; on ne peut donc pas plus conclure de la loi du 16 juillet 1792, qu'on ne le pouvait de celle du 24 août 1790, qu'il y ait nullité dans un jugement auquel a concouru un suppléant appelé sans nécessité.

» Qu'importe que l'on ait constament regardé comme nuls, les jugemens des tribunaux de paix et de simple police auxquels il intervenait plus de deux assesseurs avec le juge de paix?

» Il n'y a aucune analogie entre ces jugemens et celui dont il est ici question.

» La loi ne reconnaît pour tribunal de paix ou de police, que celui qui est composé d'un juge de paix et de deux de ses assesseurs. C'est ce nombre de juges qui caratérise la formation de tout tribunal de cette nature; il ne peut être ni moindre ni plus élevé.

» Les tribunaux de commerce sont, au contraire, dans une position bien différente; ils sont régulièrement composés de cinq juges, et ils peuvent juger au nombre de trois.

» Ainsi, lorsqu'en l'absence de deux juges d'un tribunal de commerce, on appelle un ou deux Suppléans, le tribunal se trouve encore dans les termes de sa composition légale. Ses membres auraient pu juger au nombre de trois, mais ils le peuvent aussi au nombre de quatre et de cinq; ainsi, l'appel des Suppléans ne contrarie en rien l'organisation du tribunal, et leur présence ne la trouble, ne l'altère nullement.

» Et combien ces raisons n'acquièrent-elles pas de force, lorsqu'on se reporte aux anciennes lois qui régissaient les juridictions consulaires!

» L'édit du mois de juillet 1549, portant érection de celle de Toulouse, et enregistré au parlement de Languedoc, le 23 décembre de la même année, vous présente cette disposition bien remarquable: *aux jugemens desquels procès et différends pourront iceux prieur et consuls appeler tels personnages qu'ils verront être à faire.*

» Les lettres-patentes du 27 mars 1551, en interprétant cette disposition, avaient permis *auxdits prieur et consuls prendre avec eux tel nombre de marchands, soit de vingt, plus grand ou moindre, et selon qu'ils verraient raisonnable, pour procéder à leurs jugemens en fait de marchandise.*

» Mais, pour qu'il pussent user de cette faculté, ne fallait-il pas qu'ils en fussent requis expressément par les parties?

» Ce qui semblait devoir le faire penser ainsi, c'est que, d'une part, l'art. 1er du tit. 12 de l'ordonnance de 1673 avait rendu commun à toutes les juridictions consulaires de France, l'édit du mois de novembre 1563, particulier, dans son origine, à celle de Paris; et que, de l'autre, l'art. 3 de cet édit voulait que toutes les affaires fussent jugées par trois membres du tribunal, *appelés avec eux, si la matière y était sujette, et s'il y en étaient* REQUIS PAR LES PARTIES, *tel nombre de personnes de conseil qu'ils aviseraient.*

» Aussi est-il intervenu, le 15 décembre 1722, une déclaration qui porte:

» *Nous sommes informés que, nonobstant que les juridictions consulaires qui sont dans les autres villes, aient été établies à l'instar de celle de Paris, et doivent se conformer à ce qui a été prescrit par l'édit de novembre 1563, les anciens juges et consuls des juridictions consulaires de Toulouse, Montpellier et quelques autres villes, prétendent être en droit de s'immiscer, conjointement avec ceux qui sont en charge, dans la connaissance et le jugement des procès, quoiqu'ils n'y aient point été appelés; ce qui cause plusieurs brigues et cabales très-contraires au bien de la justice...; et voulant arrêter le cours de cet abus, et rétablir une règle uniforme dans toutes les juridictions consulaires .....;*

» *A ces causes...., voulons..... que les juges et consuls en charge aient seuls la connaissance, la décision et le jugement des procès et différends de leur compétence. Faisons très-expresses inhibitions et défenses aux juges et consuls anciens de s'y* IMMISCER, S'ILS N'Y SONT EXPRESSÉMENT APPELÉS *par les juges et consuls qui seront en charge, lorsque la matière y sera sujette* ET QUE LES PARTIES L'AURONT REQUIS.

» Mais à cette déclaration il en a succédé une autre du 26 juin 1723, qui l'a modifiée, ou, si l'ont veut, expliquée de manière à remettre les choses dans leur premier état:

» *Nous sommes informés* (y est-il dit) *que la dernière clause de ladite déclaration* (de celle du 15 décembre 1722) *a donné lieu à quelques juridictions consulaires, notamment aux prieur et consuls de la bourse commune des marchands établie à Toulouse, de représenter que les défenses faites aux anciens juges et consuls de s'immiscer dans le jugement des procès et différends de la compétence des juridictions consulaires, s'il n'y étaient appelés par les juges et consuls en charge, lorsque la matière le requerrait et que les parties l'au-*

Digitized by Google

raient demandé, semblaient donner atteinte à la faculté qu'ont ces juridictions, par les édits de leur création et arrêts rendus en conséquence, d'appeler au jugement des procès telles personnes que les juges et consuls en charge aviseraient, surtout les marchands de la retenue, c'est-à-dire, ceux destinés à aider les juges et consuls dans l'administration de la justice, ainsi qu'il se pratique en la juridiction consulaire de Toulouse ; et que cette clause, dans les termes qu'elle est conçue, pourrait produire le mauvais effet d'éloigner et rendre plus difficiles les jugemens des procès, en ce que la partie mal fondée et qui voudrait chicaner, pourrait refuser de consentir qu'il fût appelé d'autres juges, pour décider avec ceux qui sont en charge, ou ne voudraient pas convenir des juges qu'il faudrait appeler.

» *Quoiqu'en général les défenses portées par notredite déclaration, ne puissent s'appliquer aux marchands et négocians que les juges et consuls en charge sont en droit d'appeler, pour les aider à rendre la justice, néanmoins comme les termes dans lesquels la dernière clause de cette déclaration est conçue, laissent quelque ambiguité dans le sens dans lequel elle doit être entendue, il nous a paru nécessaire de nous expliquer sur cela plus disertement.*

» *A ces causes..... , voulons que notredite déclaration du* 15 *décembre* 1722 *soit exécutée selon sa forme et teneur; ce faisant, que les juges et consuls en charge auront seuls la connaissance, la décision et le jugement des procès de leur compétence. Faisons très-expresses inhibitions et défenses aux juges et consuls anciens de s'y immiscer, à moins qu'ils ne soient expressément et nommément appelés par les juges et consuls en charge; ce que ceux-ci seront libres de faire, lorsqu'ils estimeront que la matière et le bien de la justice le requerront.*

» Par cette déclaration, les membres des juridictions commerciales ont été maintenus bien clairement dans la faculté d'appeler, de leur propre mouvement et sans réquisition des parties, non seulement les anciens juges et consuls, mais encore *des marchands et négocians* qui n'ont jamais exercé de fonctions judiciaires.

» Or, cette déclaration n'a été ni abrogée ni modifiée par les lois nouvelles, qui n'ont fait que substituer à l'ancienne dénomination des juridictions consulaires, celle de tribunaux de commerce. Elle a donc par cela seul conservé toute son autorité.

» Aussi existe-t-il trois jugemens formels du tribunal de cassation, qui déclarent valables des jugemens de tribunaux auxquels avaient assisté des Suppléans, sans que leur présence y fût nécessaire.

» Le premier a été rendu à la section civile le 22 frimaire an 9, au rapport du cit. Rousseau, entre les cit. Lacroix et Huvé, négocians : il rejette la demande en cassation formée contre un jugement du tribunal d'appel de Paris, confirmatif d'un jugement de commerce de la même ville, auquel avait assisté l'ancien des deux Suppléans, le tribunal étant complet.

» La second a été rendu à la même section, le 13 vendémiaire an 10, au rapport du cit. Liborel, entre les héritiers Lebret et le cit. Mouy. Les héritiers Lebret attaquaient un jugement du tribunal civil du département de la Haute-Garonne, qui en avait confirmé un autre du tribunal de commerce de Toulouse. Ils l'attaquaient principalement sur ce que le jugement du tribunal de commerce de Toulouse avait été rendu par trois juges et un Suppléant. Ils inféraient de là que le Suppléant appelé pour concourir à ce jugement, sans que sa présence fût nécessaire, avait commis un excès de pouvoir ; que le tribunal civil de la Haute-Garonne avait dû, en conséquence, annuler ce jugement; et qu'en le confirmant, au contraire, il avait violé l'art. 29 de la loi du 6-27 mars 1791. Mais ce moyen a été rejeté par le jugement dont il s'agit, *attendu que la loi du* 6-27 *mars* 1791 *n'est pas applicable aux tribunaux de commerce.*

» Le troisième jugement a été rendu à la section des requêtes, le 14 vendémiaire an 11, sur les conclusions du cit. Pons.

» Le second moyen des demandeurs consiste à dire qu'en ordonnant, le 18 frimaire an 8, que les arbitres Janvert et Paris rédigeraient leurs rapports, sans l'intervention du tiers-arbitre nommé par son jugement du 8 fructidor an 7, le tribunal de commerce a rétracté ce dernier jugement, et par conséquent violé l'autorité de la chose jugée.

» Mais, de quelle nature était le jugement du 8 fructidor an 7 ? Bien sûrement c'était un jugement préparatoire. Or, il est de principe qu'un jugement préparatoire peut être rétracté par le tribunal même qui l'a rendu. Les lois romaines sont formelles à cet égard ; et leurs dispositions ont été confirmées par plusieurs de vos jugemens, notamment par celui de la section civile, du 22 nivôse an 11, rendu contre le cit. Fanyau ; et par celui de la section des requêtes, du 25 ventôse suivant, rendu contre Joseph Dasson.

Digitized by Google

» Le troisième moyen est tiré de l'art. 15 du tit. 5 de la loi du 24 août 1790. Suivant les demandeurs, cet article a été violé de deux manières par le tribunal d'appel : il l'a été, d'abord, en ce que le tribunal d'appel n'a pas posé la question de savoir si l'enquête faite en pays étranger, sans commission préalable du tribunal de commerce de Paris, devait ou non être rejetée du procès; il l'a été ensuite, en ce que le tribunal d'appel n'a pas motivé son jugement.

» Mais 1° le tribunal d'appel a posé, non seulement la question de savoir si Lannux et Dubernard étaient fondés dans leurs demandes, non seulement la question de savoir si les cit. Delon et Grandin étaient fondés dans leurs contre-prétentions, mais encore celle de savoir si le tribunal de commerce avait bien ou mal jugé; et certainement ces trois questions renfermaient implicitement celle de savoir si l'enquête faite en Espagne, pouvait justifier les demandes de Lannux et de Dubernard; celle de savoir si cette enquête pouvait être opposée aux contre-prétentions des cit. Delon et Grandin; celle de savoir si le tribunal de commerce avait pu prendre cette enquête pour base de sa décision.

» 2° Le tribunal d'appel a déclaré par son jugement, qu'il adoptait les motifs de celui du tribunal de commerce; et ces motifs, il les a consignés en toutes lettres dans son jugement même. Le tribunal d'appel n'a donc violé, sous aucun rapport, l'art. 15 du tit. 5 de la loi du 24 août 1790.

» Le quatrième moyen vous est présenté comme un attentat à la souveraineté de la nation française, et comme une infraction manifeste de l'art. 121 de l'ordonnance de 1620. C'est, selon les demandeurs, avoir attenté à l'une et enfreint l'autre, que d'avoir admis, comme pièce probante en France, une enquête faite en pays étranger, devant des juges étrangers, et sur la seule réquisition d'un tribunal étranger. Ce n'est pas tout. Cette enquête n'était point contradictoire; il y avait été procédé en l'absence des demandeurs et sans les y appeler : il y a donc encore, de ce chef, contravention à l'art. 7 du tit. 16 de l'ordonnance de 1667.

» Pour parvenir à une juste appréciation de ce moyen, le premier pas à faire est de bien déterminer les points sur lesquels le tribunal de commerce a pris l'enquête espagnole pour base de son jugement.

» Ces points se réduisent à quatre.

» 1° Le tribunal de commerce a invoqué l'enquête, en même temps que la reconnaissance unanime des deux arbitres Jauvert et Paris, dans leurs rapports respectifs, pour établir qu'en fait de commerce de laines, les négocians n'obtiennent pas, dans l'usage le plus général, un *rendement* aussi avantageux que celui dont avaient joui les cit. Grandin et Delon.

» 2° Il l'a invoquée pour établir *que, suivant l'usage constant du pays*, ce qu'on appelle le *kaidas* des laines lavées, *reste au profit du* lavoir.

» 3° Il l'a invoquée pour établir *que le prix général des laines est, à Séville et aux environs, de* 50 *et au plus de* 60 *réaux l'arrobe*.

» 4° Il l'a invoquée pour établir que le lavage des laines, *d'après le prix généralement établi dans tous les lavoirs*, est de 5 à 6 réaux.

» Ce n'est donc pas sur des faits personnels, soit aux cit. Grandin et Delon, soit à Lannux et Dubernard, que le tribunal de commerce a invoqué l'enquête. Il ne l'a invoquée que sur des points d'usage, relatifs au commerce des laines en Espagne.

» Cela posé, on voit déjà que ce n'est pas comme *enquête* proprement dite, mais comme *acte de notoriété*, comme *parères*, qu'il a envisagé les dépositions des témoins entendus devant des juges espagnols, à la requête de Lannux et Dubernard; et déjà, par conséquent, on voit qu'en tirant de ces dépositions la preuve des points d'usage qu'elles attestent, il n'a pas violé l'art. 7 du tit. 16 de l'ordonnance de 1667; que, quand même d'ailleurs il l'aurait violé en effet, ce ne serait pas une raison pour casser le jugement qui a confirmé le sien.

» Nous disons d'abord qu'il n'a pas violé cet article, et c'est une vérité très-sensible.

» Cet article porte que, si, dans les juridictions commerciales les parties se trouvent *contraires en faits*, elles seront admises respectivement à faire entendre leurs témoins à l'audience de ces juridictions, en présence l'une de l'autre; mais 1° dans l'espèce actuelle, les demandeurs ne produisent aucune pièce de laquelle il résulte que, devant le tribunal de commerce de Paris, ils aient contesté les points d'usage dont il s'agit. 2° En supposant qu'ils les aient réellement contestés, ce qui est assez vraisemblable, était-ce le cas d'en ordonner la preuve dans la forme prescrite par l'art. 7 du tit. 16 de l'ordonnance de 1667? On pouvait le faire, sans doute; mais qu'on y fût strictement obligé, c'est que nous ne saurions croire. Tous les jours, lorsqu'il n'est question que de constater des points d'usage admis dans le commerce, les parties rapportent, ou des actes de notoriété, ou des parères, auxquels

Digitized by Google

les juges ont plus ou moins d'égard, d'après leurs lumières et leur conscience, sans que jamais on attaque leurs jugemens, sous le prétexte que ces actes de notoriété, que ces parères ont été donnés en l'absence de l'une des parties, et sans l'appeler. Ces actes de notorité, ces parères ne sont alors que des *consultations ;* et l'on sent assez qu'une consultation de négocians peut, aussi bien qu'une consultation d'hommes de loi, mériter l'attention des juges, quoiqu'elle ne soit pas donnée contradictoirement avec toutes les parties intéressées.

» Nous disons ensuite que, quand même les faits qui ne portent que sur des points d'usage, seraient compris dans la disposition de l'art. 7 du tit. 16 de l'ordonnance de 1667 ; que, quand même, par conséquent, le tribunal de commerce de Paris aurait contrevenu à cet article, en admettant comme pièces probantes, des attestations non contradictoires, ce ne serait pas encore une raison pour casser le jugement confirmatif de la décision de ce tribunal ; et en effet, cet article ne prononce pas la nullité des jugemens rendus sur des preuves faites dans une forme différente de celle qu'il prescrit ; or, vous savez que, d'après la loi du 4 germinal an 2, on ne peut jamais suppléer la peine de nullité dans les dispositions de nos anciennes ordonnances relatives aux formes de la procédure. Et si on ne le peut pas dans les causes ordinaires, à combien plus forte raison ne le peut-on pas dans les affaires commerciales, dans ces affaires où, pour nous servir des termes de l'édit du mois de novembre 1563, l'on n'est pas *astreint aux subtilités des lois et ordonnances ;* dans ces affaires où, comme le porte le procès-verbal de l'ordonnance de 1667, page 109, les jugemens se forment *selon les différentes circonstances*, et sur les *adminicules* qu'elles fournissent.

» Mais si le jugement confirmatif de celui du tribunal de commerce, ne peut pas être cassé pour contravention à l'ordonnance de 1667, comment pourrait-il l'être pour violation de l'art. 121 de l'ordonnance de 1629?

» Sans doute, cet article serait violé, et il y aurait vraiment attentat à la souveraineté nationale, si l'on admettait en France, comme un titre exécutoire ou comme ayant l'autorité de la chose jugée, un arrêt ou une sentence rendu contre un citoyen français par un tribunal étranger. Mais ici, de quoi s'agit-il? Uniquement de savoir si le tribunal de commerce de Paris a pu avoir égard à des actes de notoriété, à des parères, donnés sur des points d'usage d'Espagne, devant des juges espagnols. Certes, il n'y a là rien qui blesse la souveraineté nationale, rien qui contrarie le texte ni l'esprit de l'ordonnance de 1629. Si, dans un procès élevé en France sur la question de savoir, soit de combien de jours est composée chaque *usance* dans les lettres de change tirées sur l'Espagne, soit dans quel délai les lettres de change tirées sur l'Espagne, doivent être protestées faute de paiement, on produisait un acte de notoriété délivré par les juges de Madrid ou de Cadix, l'ordonnance de 1629 serait-elle violée par le jugement qui interviendrait d'après ce genre de preuve? Personne n'oserait certainement soutenir l'affirmative. Eh bien! Voilà par équipollence, ce qui s'est fait dans l'espèce actuelle. Ce n'est point par les juges espagnols, mais c'est en leur présence, qu'ont été délivrés les actes de notoriété sur lesquels le tribunal de commerce de Paris a en partie motivé son jugement ; et assurément, des attestations qui auraient pu être données devant un notaire ou sous seings-privés, et qui, dans l'une ou l'autre forme, auraient encore pu être prises en considération par le tribunal de commerce de Paris, n'ont pas perdu toute croyance par cela seul qu'elles ont été données en justice. Elles n'ont été données en justice que par surabondance de solennité; et c'est bien ici, ou ce ne sera jamais, le cas de la maxime, *quod abundat non vitiat.*

» N'oublions pas d'ailleurs ce que dit Émérigon dans son *Traité des assurances*, chap. 4, sect. 8 : *Quoique les jugemens rendus par les tribunaux étrangers, n'aient aucune autorité contre les Français, cependant les enquêtes prises et d'autres preuves dûment authentiquées par le juge étranger, sont admises parmi nous dans les affaires civiles concernant le commerce. Ainsi jugé par arrêt* (du parlement d'Aix) *du* 16 *septembre* 1745, *en faveur du sieur Poivre, marchand de Marseille, contre Blanc, patron de tartane. Il s'agissait d'une enquête prise par le juge de Nice, au sujet de certaines balles de laine mouillées. Il a été rendu plusieurs autres jugemens semblables.*

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête des demandeurs, et de les condamner à l'amende ».

Il n'a pas été statué sur ces conclusions, parceque, le 4 pluviôse an 12, à l'audience même où elles devaient être prononcées, les sieurs Grandin et Delon se sont désistés de leur demande en cassation.

Du reste, le Code de commerce a depuis décidé, art. 227, que les Suppléans des tribunaux de commerce ne pourraient être appe-

Digitized by Google

lés qu'à l'effet de completter le nombre de juges nécessaire pour rendre un jugement.

§. II. *Les Suppléans des juges de paix les remplacent-ils valablement en toute matière? Peuvent-ils, notamment, en l'absence de ceux-ci, tenir les audiences de police?*

L'affirmative, qui n'aurait jamais dû être révoquée en doute, a été consacrée par un arrêt de la cour de cassation, du 5 juillet 1809, qui est ainsi conçu :

« Ouï le rapport de M. Lombard-Quincieux..... ;

» Vu les art. 1, 2 et 3 de la loi du 29 ventôse an 9;

» Attendu que, si, d'après l'art. 151 du Code des délits et des peines, le tribunal de police devait être composé du juge de paix et de deux de ses assesseurs, la loi du 26 ventôse an 9 y a dérogé, en prescrivant que chaque juge de paix remplira seul les fonctions, soit judiciaires, soit de conciliation ou autres attribuées aux justices de paix par les lois actuelles, et qu'en cas de maladie, d'absence ou autre empêchement, ses fonctions seront remplies par un Suppléant ;

» Et attendu que, par les jugemens rendus par le tribunal de police d'Anvers, le 3 juin dernier, le premier Suppléant du juge de paix de cette ville, siégeant en l'absence de ce juge, s'est, sur le motif qu'aucune loi n'a investi les Suppléans des justices de paix, du pouvoir et de la qualité nécessaires pour composer le tribunal de police en l'absence du juge de paix, déclaré incompétent pour connaître de la demande de François Dumercie, en réparation d'injures verbales contre Catherine Michrelsens, veuve Boots, et deux de ses enfans, et a prolongé les causes de Decomink, Wormans frères, Joussens et Gérard-Lambrechts, à la prochaine audience, pour y être instruites par le juge apte pour en connaître ; que, par ce refus d'exercer un pouvoir et une juridiction que la loi avait attribués à sa qualité de premier Suppléant, il y a eu déni de justice et contravention à la loi du 29 ventôse an 9 ;

» La cour, faisant droit au pourvoi du commissaire de police de la première section de la ville d'Anvers, casse et annulle lesdits jugemens du 3 juin dernier..... ».

§. III. *Le jugement auquel a concouru un Suppléant, est-il nul, s'il ne constate pas que c'est à raison de l'empêchement d'un juge titulaire, que le Suppléant a été appelé pour le remplacer momentanément dans ses fonctions?*

L'affirmative paraît, au premier abord, résulter des nombreux arrêts de la cour de cassation et des cours royales, rapportés au mot *Avocat*, §. 3, qui décident que, lorsqu'un avocat est appelé en remplacement d'un juge absent ou empêché, il est nécessaire, à peine de nullité, de constater, par le jugement même auquel il concourt, qu'il n'a été appelé qu'à défaut d'autres juges ou de Suppléans.

Mais en y regardant de plus près, on reconnaît bientôt qu'il y a une grande différence entre les deux cas.

Pour qu'un avocat puisse concourir à un jugement, il ne suffit pas qu'un juge titulaire manque pour le moment au tribunal ; il faut qu'il ne s'y trouve pas de Suppléant non empêché. Or, que résulte-t-il du fait qu'un avocat a pris part à un jugement? Rien autre chose si ce n'est que le tribunal était incomplet, lorsqu'on a appelé l'avocat à y siéger. Ce seul fait ne forme donc pas une preuve légale que, pour le compléter, on ait employé le moyen qui était impérieusement prescrit par la loi, c'est-à-dire, qu'avant d'appeler l'avocat, on se soit assuré qu'il n'y avait point de Suppléant prêt à remplacer le juge titulaire qui manquait. Et dès-là, point de raison pour que le jugement ne soit pas nul.

En est-il de même, lorsque c'est un juge Suppléant qui remplace un juge titulaire? Non : aux termes de l'art. 29 de la loi du 6-27 mars 1791, *les Suppléans ne peuvent être appelés par le tribunal que dans le cas où leur assistance est nécessaire à la validité des jugemens.* Donc la seule présence d'un Suppléant dans le tribunal, prouve légalement qu'il manque un juge titulaire. Donc il est alors inutile d'énoncer l'absence ou l'empêchement de celui-ci dans le jugement.

Ainsi l'ont décidé formellement deux arrêts de la cour de cassation, dont voici les espèces :

Le 18 juin 1822, jugement du tribunal de première instance d'Usez, qui prononce des condamnations contre le sieur Caussaud-Poulon, au profit des sieurs Gazagnes, et se termine ainsi : « jugé.... par MM. Journet, » président, Trinquelague, juge, et Lenfant, » juge Suppléant ».

Le sieur Caussaud-Poulon appelle de ce jugement à la cour royale de Nîmes, et l'attaque seulement pour mal-jugé au fond.

Arrêt qui met purement et simplement l'appellation au néant.

Le sieur Caussaud-Poulon se pourvoit en

Digitized by Google

cassation, et relevant, pour la première fois devant la cour suprême, un moyen de forme sur lequel il a gardé le silence en cause d'appel, il soutient qu'en confirmant, et par conséquent en tenant pour régulier, un jugement qui était nul à défaut de mention de l'empêchement du juge titulaire qu'un Suppléant avait remplacé, la cour royale de Nîmes a violé l'art. 49 du décret du 30 mars 1808.

Mais par arrêt du 9 août 1826, au rapport de M. Mousnier-Buisson, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lebeau,

« Attendu, dans la forme, que le moyen proposé en cour de cassation, ne l'a pas été devant la cour royale de Nîmes, laquelle avait droit et pouvoir de l'examiner et juger sur l'appel (1);

» Au fond, attendu, sur le second moyen, que les Suppléans, tels qu'ils sont institués par les lois et les réglemens relatifs à l'organisation judiciaire, font partie de la composition des tribunaux de première instance;

» Que ce point de droit public est nettement établi par les lois des 18 mars 1800 et 20 avril 1810; qu'il l'est encore par le décret en forme de réglement du 18 août même année 1810, notamment par l'art. 2 de ce réglement;

» Qu'aux termes de l'art. 64 de la loi du 20 avril 1810, les mêmes qualités qui sont exigées pour être nommé aux fonctions de juge ou de procureur du roi, sont exigées pour être nommé à celles de Suppléant; que le Suppléant, de même que le juge en titre, est nommé et institué par le roi; que, par cette nomination, par le serment que doit prêter le Suppléant avant d'entrer en fonctions, il reçoit un caractère qui l'attache à l'administration de la justice;

» Que, si les juges Suppléans ne sont pas des juges habituels, ils ne sont jamais des juges d'exception, tels que les avocats attachés au barreau, et les avoués qui ne peuvent et ne doivent être appelés à compléter un tribunal, les seconds à défaut des premiers, qu'autant qu'il n'y a ni juge ni Suppléant pour le compléter; d'où il suit qu'un tribunal de première instance est régulièrement et légalement composé, lorsqu'il a été formé en nombre suffisant et indispensable de juges et de juges suppléans;

» Attendu que, dans l'espèce, le tribunal d'Usez, qui a rendu le jugement du 18 juin 1820, était composé du président, d'un juge en titre et d'un Suppléant;

» Que l'assistance de ce Suppléant fait présumer suffisamment que l'un des trois juges dont se compose ce tribunal, était absent ou empêché;

» La cour (chambre des requêtes) rejette le pourvoi.... (1) ».

Le 23 mars 1823, jugement du tribunal civil du département de la Seine, qui condamne la régie de l'enregistrement à la restitution de droits indûment perçus.

La régie l'attaque devant la cour de cassation, comme nul dans la forme par sa contrariété à l'art. 29 de la loi du 6-27 mars 1791 et à l'art. 12 de celle du 27 ventôse an 8:

« Il constate lui-même (dit-elle) qu'il a été rendu par trois juges, dont deux en titre et un juge Suppléant, nommé rapporteur. Mais, aux termes des lois précitées, un tribunal ne doit appeler des Suppléans pour délibérer, que dans le cas où leur assistance est nécessaire à la validité du jugement. Or, le jugement attaqué ne fait point connaître pour quelle cause de nécessité, dans une chambre composée de sept juges titulaires, un Suppléant a été appelé pour compléter le nombre des juges requis. Le jugement contrevient donc en ce point à la loi.

» La cour de cassation l'a ainsi jugé par arrêt du 19 janvier 1825, dans une espèce ou un avocat, à défaut de juges, avait été appelé à concourir à un jugement ».

Mais par arrêt du 26 décembre 1826, au rapport de M. Voysin de Gartempe, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lebeau,

« Attendu, sur le moyen de forme, que les Suppléans sont juges, et peuvent concourir aux jugemens pour compléter le nombre des juges nécessaire pour former le *quotum* déterminé par la loi pour la validité des jugemens;

» Attendu que, dans l'espèce, le jugement est rendu par trois juges seulement, y compris le Suppléant rapporteur, d'où il suit qu'il est régulier....;

» La cour (chambre des requêtes) rejette le pourvoi.... (2) ».

Un arrêt semblable a été rendu le 2 novembre de la même année, par la cour supérieure de justice de Liége, au sujet d'un jugement du tribunal de première instance de Huy, dont on demandait la nullité sous le prétexte qu'il avait été rendu par deux juges

(1) *V.* les conclusions et l'arrêt du 17 mai 1810, rapportés à l'article *Nantissement*, §. 2.

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1826, page 449.

(2) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 27, page 72.

Digitized by Google

et un Suppléant, et qu'il n'énonçait ni que le Suppléant eût été appelé à raison de l'empêchement du troisième juge titulaire, ni qu'il l'eût été dans l'ordre du tableau :

« Considérant (porte-t-il) que les juges Suppléans ont le caractère de juge dans le sens des lois et réglemens sur l'organisation judiciaire; qu'à la vérité, ils n'en peuvent exercer pleinement les fonctions que dans le cas où les juges en titre sont empêchés; mais que cet empêchement est censé exister lorsque ceux-ci ne sont pas à leur siége, et que les membres présens ne sont pas en nombre suffisant pour rendre la justice;

» Considérant que, dans l'espèce, le juge Suppléant n'est intervenu que pour compléter le nombre indispensable; qu'il eût été superflu de mentionner l'absence de celui à la place de qui il siégeait;

» Qu'au surplus, l'art. 49 du décret du 30 mars 1808 ne prescrit de suivre, en ce cas, l'ordre d'ancienneté, qu'*autant que faire se pourra;* d'où il suit que les moyens de nullité proposés contre le jugement *à quo,* ne sont pas fondés;

» Par ces motifs, la cour.... déclare que le jugement *à quo* est valable et régulier en la forme.... (1) ».

§. IV. *Un jugement auquel a concouru un juge Suppléant, est-il nul par cela seul qu'il ne constate pas qu'en appelant ce juge pour compléter le tribunal, on a suivi l'ordre du tableau?*

L'affirmative a été vainement soutenue par le sieur Parlongue, demandeur en cassation d'un jugement en dernier ressort du tribunal de commerce de Saint-Hippolyte, du 1er avril 1824, auquel le second Suppléant avait été appelé pour compléter le tribunal, sans qu'il constât de l'empêchement du premier; vainement le sieur Parlongue a-t-il prétendu qu'il avait été, par là, contrevenu à l'art. 47 du décret du 3 mars 1808, rapporté au mot *Avocat,* §. 3, n° 2. Par arrêt du 18 août 1825, au rapport de M. Lecoutour, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lebeau,

« Attendu que l'art. 49 de la loi du 30 mars 1808, qui détermine l'ordre dans lequel seront appelés les juges suppléans pour compléter le nombre des juges dans les tribunaux de première instance, n'est point applicable aux tribunaux de commerce; qu'ainsi, il est inutile d'examiner si, dans le tribunal de commerce de Saint-Hippolyte, l'appel du second Suppléant, au lieu du premier, a été régulier;

» La cour (chambre des requêtes) rejette le pourvoi.... (1) ».

La prétention du sieur Parlongue eût-elle été mieux fondée, s'il se fût agi d'un jugement rendu par un tribunal ordinaire de première instance?

La négative résulte clairement des observations faites, à l'endroit cité du mot *Avocat,* sur l'art. 46 du décret du 30 mars 1808; et déjà adoptée par l'arrêt de la cour supérieure de justice de Liége, du 2 novembre 1826, rapporté au paragraphe précédent, elle a encore été consacrée, le 7 du même mois, par un arrêt de la cour de cassation, dont voici l'espèce :

Le 16 juillet 1825, jugement en dernier ressort du tribunal de première instance de Castel-Sarrazin, qui prononce, contre le sieur Fontanié, des condamnations en faveur des sieur et dame Massip.

Le sieur Fontanié se pourvoit en cassation, et soutient que ce jugement est nul, parce-qu'il y est simplement énoncé qu'il a été rendu par deux juges titulaires *et par M. Lespian, fils, Suppléant.*

« Le tribunal de Castel-Sarrazin (dit-il) est composé de trois juges, d'un juge auditeur et de trois Suppléans. Or, d'après l'art. 49 du décret du 30 mars 1808, l'un des trois juges titulaires manquant, c'était le juge auditeur qui, en premier lieu, devait être appelé à le remplacer, et, à son défaut, l'un des juges Suppléans, dans l'ordre du tableau, M. Lespian, fils, qui a siégé à l'audience du 16 juillet, n'étant que le troisième suppléant, n'a pu et dû être appelé qu'autant que le juge auditeur et les deux autres Suppléans qui le précèdent, dans l'ordre du tableau, se seraient trouvés légalement empêchés; et cependant rien, dans le jugement, n'atteste cette circonstance;

» Les présomptions, en pareil cas, ne sauraient être admises. C'est dans le jugement même que doit se trouver la preuve que le tribunal était légalement constitué. Il est donc évident que l'article invoqué à l'appui du pourvoi, a été violé, et que la requête doit être admise ».

Mais par l'arrêt cité, au rapport de

(1) Annales de jurisprudence de M. Sanfourche-Laporte, année 1827, tome 1, page 52.

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 26, page 125.

Digitized by Google

M. Pardessus, et sur les conclusions de M. l'avocat-général de Vatismesnil,

« Attendu que deux cas très-différens sont prévus par les lois et réglemens en vertu desquels des juges étrangers au tribunal ou à la chambre saisie d'une affaire, ou des Suppléans, peuvent y être appelés : 1° le cas de partage ; 2° le cas où l'insuffisance du nombre des juges oblige à compléter le tribunal ;

» Attendu qu'au premier cas, l'art. 118 du Code de procédure civile exige que le juge ou Suppléant destiné à vider un partage, soit appelé suivant l'ordre du tableau, et que des motifs d'ordre public ont dicté cette disposition dans laquelle rien n'est laissé au pouvoir discrétionnaire du tribunal (1);

» Attendu qu'au second cas, où il s'agit seulement de compléter le tribunal pour le jugement d'une cause qui n'a point encore été l'objet de délibérations, l'art. 49 du réglement d'administration publique, du 30 mars 1808, se borne à déclarer que les Suppléans, et à leur défaut les avocats, seront appelés suivant l'ordre du tableau, *autant que faire se pourra*, et s'en rapporte, pour l'exécution, à la prudence des tribunaux, en leur fournissant ainsi les moyens de prévenir tout ce qui pourrait suspendre le cours de la justice ;

» Attendu que ce dernier cas était celui dont il s'agissait lors du jugement dénoncé ; d'où il suit que ce jugement n'a point violé les lois et réglemens invoqués ;

» La cour (chambre des requêtes) rejette le pourvoi..... (2) ».

§. V. *Les juges Suppléans participent-ils au privilége attribué par l'art. 479 du Code d'instruction criminelle, aux juges des tribunaux de première instance, de ne pouvoir être poursuivis pour raison des délits qu'ils sont prévenus d'avoir commis hors de l'exercice de leurs fonctions, que devant la cour royale de leur ressort?*

L'affirmative, qui n'aurait jamais dû être mise en question, a été consacrée par un arrêt de la cour de cassation, du 20 mai 1826, ainsi conçu :

« Ouï M. Ollivier, conseiller en la cour, en son rapport, et M. Laplagne-Barris, avocat-général, en ses conclusions,

» Statuant sur le pourvoi du ministère public près le tribunal correctionnel de Périgueux (qui avait réformé un jugement du tribunal correctionnel de Sarlat, par lequel celui-ci s'était déclaré incompétent pour connaître d'une plainte en diffamation portée contre l'un de ses suppléans),

» Vu l'art. 479 du Code d'instruction criminelle...., et l'art. 4 du décret du 6 juillet 1810....;

» Attendu que l'art. 479 précité, qui attribue aux cours royales la connaissance des délits correctionnels commis hors de l'exercice de leurs fonctions par les magistrats désignés par cet article, a eu un double motif : l'un, de garantir ces magistrats des procédures vexatoires auxquelles ils pourraient être exposés par suite des inimitiés que leurs fonctions leur attireraient ; l'autre, d'empêcher que le crédit que pourraient avoir ces magistrats, ne leur procurât une impunité scandaleuse ;

» Que ces deux motifs s'appliquent *aux juges Suppléans* des tribunaux de première instance, comme aux juges eux-mêmes ; que les juges *Suppléans* ont le *caractère* et la *qualité* de juges et de *membres des tribunaux*, dans les jugemens auxquels ils participent en remplacement des juges absens ou empêchés ;

» Que, si l'exercice de leurs fonctions n'est qu'*éventuel* et temporaire, ils n'ont pas moins, comme les autres juges, la nomination à vie, le privilége de l'inamovibilité et le caractère permanent de magistrats ;

» Que, dès-lors, ils doivent être réputés compris dans ces expressions, *membres d'un tribunal de première instance*, employées par l'art. 479 précité ; que, par conséquent, d'après cet article, c'est à la cour royale à connaître des délits correctionnels qu'ils peuvent avoir commis hors de l'exercice de leurs fonctions ;

» Et attendu que, dans l'espèce, le prévenu de diffamation, avoué près le tribunal civil de Sarlat, était en même temps juge Suppléant de ce tribunal ; que, dès-lors, la connaissance du délit à lui imputé, appartenait, d'après l'art. 479 du Code d'instruction criminelle, à une cour royale ;

» Que néanmoins le jugement attaqué, réformant celui par lequel le tribunal correctionnel de Sarlat s'était déclaré incompétent, a renvoyé la cause et les parties devant le même tribunal ;

» En quoi, ce jugement a violé l'art. 479 du Code d'instruction criminelle et l'art. 4 du décret du 6 juillet 1810 ;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle

(1) *V.* l'article *Partage d'opinions*, §. 3.

(2) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 27, page 12.

Digitized by Google

le jugement du tribunal correctionnel de Périgueux, du 29 mars dernier, qui, annulant celui du 29 décembre précédent, par lequel le tribunal correctionnel de Sarlat s'était déclaré incompétent pour connaître de la plainte en diffamation portée par le sieur Deschamps contre le sieur Roux, aîné, avoué et juge Suppléant au tribunal civil de Sarlat, renvoyait les parties devant ce même tribunal;

» Et tenant la déclaration d'incompétence prononcée par le tribunal correctionnel de Sarlat précité;

» Vu l'art. 429 du Code d'instruction criminelle portant, au cinquième alinéa : *Si l'arrêt et la procédure sont annulés pour cause d'incompétence, la cour de cassation renverra devant les juges qui doivent en connaître et les désignera :* renvoie les parties et les pièces de la procédure, pour être statué au fond, sur la plainte en diffamation dont s'agit, devant la cour royale de Bordeaux, première chambre civile, présidée par le premier président de cette cour... (1) ».

SUPPOSITION D'ÉTAT. *Énoncer dans l'acte de naissance d'un enfant, que son père et sa mère sont mariés, tandis que, dans le fait, ils vivent en concubinage, est-ce commettre un crime de faux et de Supposition d'état?*

Cette question est déjà traitée et suffisamment approfondie à l'article *Faux*, §. 3; mais nous croyons devoir y revenir, pour observer que ceux-là se tromperaient grandement, qui, sur la foi de je ne sais plus quel auteur, croiraient que l'opinion adoptée par les arrêts de la section criminelle de la cour de cassation, des 18 et 28 brumaire an 12, a été proscrite depuis par cette cour entière, dans le *consultis classibus* qui a précédé les deux arrêts du 10 messidor de la même année, rapportés à l'article *Question d'état*, §. 2.

Il n'y a, en effet, aucune ombre de ressemblance entre les espèces sur lesquelles ont été rendus les deux arrêts du 10 messidor an 12, et les espèces jugées par ceux des 18 et 26 brumaire précédent.

Dans celles-ci, des père avaient fait inscrire leurs enfans naturels comme nés de leurs concubines, qu'ils avaient faussement qualifiées de légitimes épouses. Dans celles-là, des enfans nés de concubines avaient été inscrits, sur la présentation de leurs pères, comme fruits de leur mariage avec leurs véritable épouses, nommément désignées.

Il n'y avait donc dans les unes, qu'un simple mensonge sur la qualité des mères et des enfans naturels; tandis que, dans les autres, il y avait substitution de mères qui ne l'étaient pas, aux mères véritables.

Dans le premier cas, le simple mensonge sur la qualité des mères, *quoique répréhensible*, a été jugé, par les arrêts des 18 et 26 brumaire an 12, ne pas constituer un crime de faux.

Et dans le second cas, la substitution de mères qui ne l'étaient pas, aux mères véritables, a été jugée par les arrêts du 10 messidor suivant, *constituer, non pas seulement une énonciation mensongère, mais un faux caractérisé... qui a pour objet et pour résultat d'opérer une filiation autre que celle de la loi et de la nature, conséquemment une Suppression d'état.*

On voit combien sont décisifs ces mots, *non pas seulement une énonciation mensongère :* il en résulte évidemment que, si la question se fût présentée en messidor, dans les mêmes termes qu'en brumaire, elle eût été jugée dans le même sens.

SUPPRESSION DE DÉPOT. *V.* l'article *Suppression de titres*, §. 1.

SUPPRESSION D'ÉTAT. §. I. 1° *Avant le Code civil, le délit de Suppression d'état pouvait-il être poursuivi par l'action criminelle, sans qu'au préalable la question d'état eût été jugée définitivement par les tribunaux civils?*

2° *La preuve acquise par la voie criminelle, de la Suppression d'état, pouvait-elle servir à faire juger quel était l'état qui avait été supprimé?*

3° *Quel était, contre les possesseurs des biens dont l'enfant devait jouir par suite de l'état que l'on reconnaissait lui avoir été enlevé, l'effet du jugement criminel rendu contre l'auteur de la Suppression d'état?*

V. l'article *Tribunal d'appel*, §. 5.

§. II. 1° *La fausseté des noms sous lesquels un enfant prétend avoir été inscrit dans son acte de naissance, peut-elle, d'après les art. 323 et 327 du Code civil, être prouvée par la voie criminelle, avant le jugement définitif sur la question d'état de cet enfant?*

(1) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 31, page 292.

Digitized by Google

2° *Lorsqu'il n'y a pas de contestation liée sur l'état d'un enfant, le ministère public peut-il poursuivre d'office le délit de Suppression ou de supposition de cet état?*

V. l'article *Question d'état*, §. 1 et 2.

§. III. *Celui qui, en présentant un enfant à l'officier de l'état civil, en désigne la véritable mère et le véritable père, mais prend faussement et signe le nom de celui-ci, commet-il un crime de Suppression d'état? Peut-il être poursuivi criminellement comme faussaire, avant que la question d'état de cet enfant ait été jugée par les tribunaux civils?*

Ces questions se sont présentées, le 25 novembre 1809, devant la cour de justice criminelle et spéciale du département de la Côte-d'Or. Voici dans quels termes elle y a statué par arrêt du même jour :

« Vu..... les pièces d'une procédure instruite contre Louis-Antoine Franchoi, cordonnier, demeurant à Dijon ;

» Notamment la dénonciation faite par Jean-Frédéric Martin, cordonnier, demeurant actuellement à Dijon, et reçue le 28 août 1809, par le substitut-magistrat de sûreté de l'arrondissement de Dijon ;

» L'acte de naissance de Jean-François Martin, né à Dijon le 23 mars 1808, du mariage contracté à Neufchâtel en Suisse, vers la fin du mois d'avril 1800, entre ledit Martin et Henriette Guillaume, son épouse ; ledit acte de naissance dressé par l'officier de l'état civil de la commune de Dijon, le 24 dudit mois de mars ;

» Le passeport délivré par le maire de la ville de Lyon, le 15 avril 1809, à Jean-Frédéric Martin, cordonnier à Dijon, pour aller à Châlons, département de Saône et Loire ;

» Les procès-verbaux de description desdits actes de naissance et passeport argués de faux, dressés par le commis-greffier de la cour, les 28 septembre et 20 novembre 1809 ;

» Les interrogatoires subis par le prévenu, les 31 août, 30 septembre, 2 et 24 novembre 1809 ;

» Ouï le procureur général en ses conclusions ;

» Considérant que Louis-Antoine Franchoi est prévenu d'avoir, dans des intentions criminelles, et sous le nom supposé de Jean-Frédéric Martin, cordonnier à Dijon, représenté à l'officier de l'état civil de ladite commune, un enfant du sexe masculin, dont il s'est dit être père, né le 23 mars 1808, du mariage, contracté à Neufchâtel en Suisse, vers la fin du mois d'avril 1800, entre lui déclarant et Henriette Guillaume, son épouse, et auquel il a déclaré donner les prénoms de Jean-François ;

» Qu'en conséquence de ces présentation et déclaration, l'officier de l'état civil de Dijon a dressé, en présence des témoins voulus par la loi, le 24 dudit mois de mars, l'acte de naissance dont il s'agit, lequel a été signé par ledit Franchoi des nom et prénoms *J.-F. Martin*, nom et prénoms qu'il s'était donnés dès le courant de 1807, époque à laquelle il amena du domicile de Jean-Frédéric Martin, cordonnier audit Neufchâtel, Henriette Guillaume, femme de ce dernier, et des papiers duquel il se servait ;

» Qu'il est encore prévenu de s'être fait délivrer, dans des intentions criminelles, par le maire de la ville de Lyon, le 15 avril 1809, un passeport sous le nom supposé de Jean-Frédéric Martin, cordonnier à Lyon, et de l'avoir signé de ce nom ;

» Et enfin d'avoir, toujours dans des intentions criminelles, fait usage de ce passeport, sachant qu'il était faux, en le faisant viser par le secrétaire-général du commissariat général de police à Lyon, le même jour 15 avril 1809, par le commissaire de police de Châlons, le 8 suivant, pour aller à Beaune ; et par le commissaire de police de cette dernière ville, le 12 du même mois, pour aller à Paris ; que ces délits imputés au prévenu Louis-Antoine Franchoi, portent tous les caractères du crime de faux prévu par les art. 41 et 45 du tit. 2 de la seconde partie du Code pénal ;

» Que la connaissance en est attribuée à la cour de justice criminelle et spéciale, par l'art. 2 de la loi du 23 floréal an 10 ;

» Qu'aux termes de l'art. 5 de la même loi, la poursuite, l'instruction et le jugement des délits de cette espèce doivent avoir lieu conformément aux dispositions contenues au tit. 3 de la loi du 18 pluviôse an 9 ;

» Que l'art. 24, tit. 3, de cette dernière loi, veut que la cour juge sa compétence ;

» Par ces motifs, la cour se déclare compétente pour connaître des crimes de faux imputés audit Louis-Antoine Franchoi ; ordonne en conséquence que l'affaire dont il s'agit, demeure par elle retenue pour être instruite et jugée conformément aux dispositions de lois ci-dessus citées ».

Digitized by Google

Cet arrêt transmis à la cour de cassation, le défenseur d'Antoine Franchoi présente, pour le faire annuler, des observations ainsi conçues :

« Deux faux basent l'accusation : passeport délivré à Lyon le 15 avril 1809, à Franchoi, sous le faux nom de Martin; c'est le premier; acte de naissance d'un enfant présenté à l'officier public de Dijon, le 24 mars 1808, par Franchoi, qui a dit s'appeler Martin, et être le père de cet enfant, et qui a signé l'acte sous ce faux nom; c'est le deuxième.

» Par rapport au premier, l'art. 17 de la loi du 28 mars 1792 l'a prévu, et ne le punit que d'une peine correctionnelle.

» On a, à la vérité, élevé souvent la question de savoir si cette loi avait, à cet égard, dérogé aux dispositions du Code pénal sur le faux; mais la cour de cassation n'a jamais décidé la négative sur ce point, que dans les cas où il s'agissait de conscrits réfractaires, qui, à la faveur de faux passeports, échappaient à la conscription, et d'accusés ou de condamnés qui évitaient, par le même moyen, l'arrestation ou la peine qu'ils avaient encourue.

» Mais Franchoi n'est dans aucun de ces cas. Il semble donc que la loi du 28 mars 1792 soit la seule qui lui soit applicable; et de là incompétence de la cour spéciale pour connaître du délit.

» Par rapport au second, il constitue une Suppression d'état, à supposer que cet enfant qui a été baptisé sous le nom de Martin, qui est réellement le mari de la mère, n'ait pas pour père ce mari; car, si Martin ne peut le désavouer, parceque la mère l'aurait conçu dans le temps où elle cohabitait avec lui, on ne voit pas qu'il y ait eu Suppression d'état, ni que le faux commis par Franchoi fût celui qui est prévu par le Code pénal.

» Mais dans le cas où il y aurait eu réellement Suppression d'état, les art. 326 et 327 du Code civil empêchent que, dans l'état actuel des choses, la cour spéciale soit compétente, parcequ'aucun tribunal civil n'a encore été saisi de la question d'état. La jurisprudence de la cour de cassation est définitivement fixée à cet égard, et semble ne laisser aucun doute sur la vérité de la proposition ».

Par arrêt du 28 décembre 1809, au rapport de M. Vergès,

« Considérant que Louis-Antoine Franchoi est prévenu d'avoir commis le crime de faux en écriture authentique et publique; qu'il est prévenu, en effet, d'avoir, dans des intentions criminelles, pris faussement par écrit les nom et prénoms de Jean-Frédéric Martin, cordonnier, habitant à Neufchâtel, et d'avoir signé ce faux nom et ces faux prénoms au bas de l'acte de naissance d'un enfant par lui présenté à l'officier de l'état civil de Dijon, le 24 mars 1808;

» Considérant que les faux noms pris par écrit avec signature, dans des intentions criminelles, constituent, d'après la loi du 7 frimaire an 2, le crime de faux; que la connaissance de ce crime est attribuée, par l'art. 2 de la loi du 23 floréal an 10, aux cours de justice criminelle spéciale;

» Considérant que ledit Louis-Antoine Franchoi est prévenu de s'être fait délivrer, le 15 avril 1809, par le maire de la ville de Lyon, un passeport sous le nom supposé de Jean-Frédéric Martin, et d'avoir signé ce passeport de ce nom et de ces prénoms;

» Qu'il est prévenu d'avoir fait usage de ce passeport, sachant qu'il contenait la déclaration et la signature d'un faux nom;

» Considérant que les faits relatifs à cette prévention, paraissant se lier à ceux relatifs à la première, et avoir eu pour objet d'accréditer et de consolider la prise du faux nom, la cour de justice criminelle spéciale s'est légalement déclarée compétente;

» La cour confirme, *sous ces rapports*, l'arrêt de compétence rendu le 25 novembre 1809, par la cour de justice criminelle spéciale du département de la Côte-d'Or, à la charge dudit Louis-Antoine Franchoi ».

SUPPRESSION DE TITRES. §. I. 1° *Peut-on, avant d'avoir prouvé par la voie civile, qu'il a existé un testament, une obligation, une contre-lettre, une quittance ou tout autre titre, poursuivre, par la voie criminelle, les auteurs et les complices de la suppression que l'on prétend en avoir été faite ?*

2° *Le peut-on notamment, lorsqu'on impute le délit de suppression à la personne entre les mains de laquelle on soutient avoir mis en dépôt le titre supprimé ?*

3° *Si cette personne avoue le dépôt et la suppression du titre, mais soutient n'avoir supprimé le titre qu'en vertu d'une condition verbalement apposée au dépôt, peut-on diviser son aveu, tenir le dépôt pour constant et juger que le titre a été supprimé illégalement ? Y a-t-il, à cet égard, quelque différence entre l'ancienne législation et les dispositions du Code civil?*

Le 23 germinal an 4, Sara Clarck, veuve Hulm, loue pour neuf ans à Christophe Pot-

Digitized by Google

ter, une manufacture de faïence située à Montereau.

Par un autre acte du même jour, elle lui vend tous les ustensiles, toutes les matières premières, tous les objets fabriqués, qui existent dans cette manufacture; et elle le charge d'en payer le prix à différens créanciers qu'elle lui indique.

En pluviôse an 7, à défaut du paiement des loyers et du prix de la vente, la veuve Hulm, remariée à Pierre-Merlin-Hall, fait saisir le mobilier de la manufacture. Les ouvriers, les fournisseurs et d'autres créanciers de Potter, forment opposition à cette saisie.

Le 6 ventôse suivant, pour éviter la vente judiciaire des objets saisis, une transaction est passée devant notaires, entre Merlin-Hall et sa femme, les créanciers opposans et Potter. Par cet acte, 1° le bail de la manufacture est résilié; 2° Potter cède à Merlin-Hall et sa femme tout le mobilier de la manufacture, moyennant la somme de 8000 francs; 3° cette somme est compensée, jusqu'à due concurrence, avec celle de 104,070 francs dont Potter demeure redevable envers les créanciers indiqués par le contrat de vente du 23 germinal an 4; 4° Merlin-Hall et sa femme donnent main-levée de leur saisie; 5° les créanciers opposans se désistent de leurs oppositions, et Merlin-Hall s'oblige de leur payer dans deux ans ce qui leur est dû par Potter.

Mais par une contre-lettre sous seing-privé du même jour, il est convenu que Potter conservera l'administration de la manufacture, sous les conditions suivantes: 1° qu'il sera tenu de payer dans deux ans les créanciers indiqués par le contrat du 23 germinal an 4; 2° qu'il les paiera sur les bénéfices de la manufacture; 3° que si, au bout de deux ans, il n'a pu les payer avec ces bénéfices, il lui sera accordé un nouveau délai de trois mois pour s'acquitter envers eux; 4° qu'à défaut de paiement dans ce dernier délai, la transaction notariée recevra son exécution.

Les deux doubles de cette contre-lettre sont déposés, sous cachet, entre les mains du sieur Champagne et du sieur Fauquez.

Le 13 messidor an 8, Potter cite au bureau de paix les sieurs Champagne, Merlin-Hall et sa femme, pour se concilier sur la demande qu'il se propose de former contre eux à ce que le premier soit tenu de déposer chez un notaire la contre-lettre qui lui a été confiée en ventôse an 7, et à ce que le jugement à intervenir soit déclaré commun avec les seconds.

Le 18 du même mois, procès-verbal de non conciliation. Le sieur Champagne y déclare n'avoir aucune connaissance de la prétendue contre-lettre, et Merlin-Hall ne connaître que la transaction notariée du 6 ventôse an 7.

Le 5 prairial an 9, Potter rend une plainte en suppression de la contre-lettre, et il la dirige, 1° contre les sieurs Champagne et Fauquez; 2° contre Merlin-Hall et sa femme; 3° contre les sieurs Dyvoire et Vary, qui avaient été présens au dépôt de l'acte.

Il y ajoute, contre Merlin-Hall et sa femme en particulier, une plainte spéciale en spoliation des registres et papiers de la manufacture de Montereau.

Champagne, Merlin-Hall, sa femme, Dyvoire et Vary, interrogés sur ces plaintes par le magistrat de sûreté, exposent que, lors de la rédaction de la contre-lettre, il avait été convenu verbalement qu'elle n'aurait point d'effet, si Potter ne payait pas à ses créanciers personnels les billets qu'il avait souscrits le même jour à leur ordre; et qu'en cas de protêt d'un seul de ces billets, la contre-lettre serait supprimée: que telle avait été la condition *sine quâ non* de la contre-lettre; que c'était par ce motif que les deux doubles en avaient été déposés en mains tierces; que les dépositaires avaient été expressément chargés par les deux parties, de brûler l'un et l'autre double, sur la seule représentation qui leur serait faite du protêt de l'un des billets; que le cas prévu était arrivé; que Potter n'avait payé aucun des billets qu'il avait souscrits le 6 ventôse an 7; que Merlin-Hall avait été obligé de les acquitter pour lui; que les dépositaires avaient en conséquence averti Potter que la contre-lettre serait brûlée, s'il ne remboursait pas Merlin-Hall; et qu'enfin, le 11 germinal an 8, après différens délais qu'ils lui avaient successivement accordés, ils avaient obéi à la loi de leur mandat, en livrant aux flammes les deux doubles de la contre-lettre.

Le sieur Fauquez ne pouvant, pour cause de maladie, comparaître devant le magistrat de sûreté, se présente devant un notaire de Montereau, commis pour recevoir ses réponses; et là, après avoir rendu compte des circonstances de la négociation du 6 ventôse an 7, il déclare que Champagne était venu chez lui accompagné de Merlin-Hall, qui lui avait remis un des paquets contenant la contre-lettre, et lui avait dit « qu'il y avait un » cas où les dépositaires étaient chargés, et » même obligés, sans en prévenir les parties, » de brûler cet écrit; c'était si les dépositaires » avaient connaissance que Potter ne payât » pas exactement les billets à ordre qu'il avait » souscrits au profit de plusieurs créanciers » personnels de lui Potter, qui étaient oppo-

Digitized by Google

» sans à la saisie mobilière ; qu'il avait fait » mention de cette *loi du dépôt*, sur l'enve- » loppe du paquet remis entre ses mains; que » Champagne et lui ayant acquis la certitude » que Potter n'avait pas satisfait à ses enga- » gemens, ils s'étaient déterminés, après lui » avoir donné plusieurs avertissemens et dé- » lais, à accomplir la condition sous laquelle » le dépôt avait été fait ».

Ces déclarations sont confirmées par plusieurs témoins, et ne sont contredites que par un seul.

L'affaire, en cet état, est portée à l'audience correctionnelle du tribunal de première instance de Fontainebleau, où il intervient, le 29 nivôse an 10, un jugement préparatoire dont l'annullation prononcée, le 26 germinal suivant, par la cour de justice criminelle du département de Seine et Marne, entraîne le renvoi du fond au tribunal de première instance de Melun.

Pendant que le fond s'y instruit, le sieur Fauques vient à mourir.

Le 4 thermidor an 10, jugement du tribunal de première instance de Melun, qui, sans avoir égard à la fin de non-recevoir que les prévenus opposaient à Potter, sur ce qu'il s'était d'abord pourvu par action civile, en les citant au bureau de paix, et sans statuer sur l'exception qu'ils faisaient résulter de l'art. 2 du tit. 20 de l'ordonnance de 1667, les décharge des plaintes et demandes de Potter, et condamne celui-ci à 600 francs de dommages-intérêts envers Champagne, à pareille somme envers Dyvoire et Vary, et aux dépens ; le tout,

« Attendu qu'il résulte de l'instruction que, le 6 ventôse an 7, il a été remis à Champagne, à titre de dépôt volontaire, deux paquets cachetés et paraphés, dont l'un devait être remis à Fauquez, avec la condition, par les dépositaires, de brûler ces paquets, dans le cas de protêt de l'un ou de plusieurs des billets souscrits le même jour par Potter, tant au profit de ses créanciers opposans à la saisie, qu'à celui de Champagne, pour raison d'une fourniture de cent cordes de bois, que celui-ci devait faire à la manufacture ;

» Que l'acquiescement de Potter et Merlin-Hall au dépôt en mains tierces, des deux doubles d'une contre-lettre que chacun d'eux avait intérêt de garder, indique suffisamment l'existence de conditions verbales dont l'exécution était confiée à ces dépositaires, le cas prévu arrivant ;

» Qu'il résulte des pièces produites, que cinq des billets souscrits par Potter, le jour du dépôt de la contre-lettre, ont été protestés ; que, par suite de ces protêts, des jugemens ont été obtenus contre Potter; que ces cinq billets ont été acquittés par Merlin-Hall, ce qui établit que le cas prévu par la condition du dépôt, est arrivé ;

» Que ce n'est que sur la représentation de ces protêts et jugemens par Merlin-Hall aux dépositaires, et sept mois après le dernier protêt et jugement, que les dépositaires se sont déterminés à exécuter la condition du dépôt, en brûlant les deux paquets, le 11 germinal an 8 ;

» Qu'au moyen de l'anéantissement de la contre-lettre, l'acte ostensible, passé devant Jauvet, le 6 ventôse, devant avoir son exécution, *Merlin-Hall était libre de disposer des effets mobiliers, titres et papiers de la manufacture ;*

» Qu'enfin, il résulte de la série des faits ci-dessus, qu'il n'existe au procès aucun délit;

» Que Champagne n'a fait qu'exécuter les conditions du dépôt ; que Dyvoire et Vary étaient étrangers aux clauses de la contre-lettre, ainsi qu'au dépôt et à la condition qui y était apposée ;

» Que conséquemment Dyvoire et Vary ont été mal à propos impliqués dans la plainte de Potter ».

Appel de ce jugement, tant de la part de Potter que de celle du procureur général de la cour de justice criminelle du département de Seine et Marne.

Sur cet appel, les prévenus reproduisent les deux fins de non-recevoir qu'ils avaient proposées en première instance.

Potter soutient qu'ils y sont non-recevables, ou, qu'en tout cas, ils doivent en être déboutés.

Le 21 pluviôse an 12, arrêt de la cour de justice criminelle qui prononce en ces termes :

« En ce qui concerne la fin de non-recevoir présentée par Potter, et tirée du prétendu acquiescement donné par Merlin-Hall et consorts au jugement du tribunal de police correctionnelle de l'arrondissement de Melun,

» Considérant que ce jugement n'ayant pas prononcé sur le mérite des fins de non-recevoir opposées à Potter, ne les a point rejetées ; qu'ainsi, Merlin-Hall et consorts n'ont donné aucune adhésion à une disposition qui n'existait pas;

» Rejette la fin de non-recevoir ;

» En ce qui concerne les fins de non-recevoir opposées à Potter par Merlin-Hall et consorts,

» Sur la première,

» Considérant que la citation en conciliation n'est pas une action civile, mais un préliminaire à cette action ; que cette citation était

Digitized by Google

nécessaire pour s'assurer de la nature de l'action à intenter et du tribunal auquel elle devait être portée ; que d'ailleurs l'exercice de l'action civile par les parties ne peut arrêter l'action publique, qui appartient au commissaire du gouvernement;

» Rejette ladite fin de non-recevoir;

» En ce qui touche la deuxième fin de non-recevoir tirée de l'art. 2 du tit. 20 de l'ordonnance de 1667,

» Attendu que le fait imputé aux prévenus, est, par sa nature, un délit qui, d'après les dispositions de l'art. 12 de la loi du 25 frimaire an 8, doit être poursuivi par voie de police correctionnelle; que, si le fait et l'objet du dépôt étaient contestés, il y aurait lieu seulement à renvoyer devant les juges civils, pour faire statuer sur la question principale et préalable de leur existence, en se réservant par le tribunal de statuer sur la plainte après l'événement de la contestation civile; que ces principes sont consacrés par un jugement rendu le 12 messidor an 11, par le tribunal de cassation, inséré dans le septième Bulletin, n° 170; mais que, dans l'espèce, le fait et l'objet du dépôt sont avoués; qu'ainsi, il ne reste rien à juger par les tribunaux civils, et par conséquent point d'application de l'article de l'ordonnance de 1667 ci-dessus indiqué; que, si, en général, on doit admettre la déclaration du dépositaire sur la loi et les conditions du dépôt, cette maxime ne peut être invoquée dans l'espèce, parceque les deux dépositaires ont perdu toute croyance en commençant par nier l'existence de la contre-lettre dont il s'agit; et parcequ'ils ne sont point d'accord entre eux sur les conditions du dépôt;

» Rejette ladite fin de non-recevoir;

» Et, prononçant sur le fond, attendu qu'il résulte de l'examen des pièces et des débats, que la prétendue convention de brûler la contre-lettre avant l'expiration du délai qui y était écrit en faveur de Potter, et au cas échéant, n'a jamais existé; qu'en supposant qu'il en eût existé une, dans l'incertitude où se trouverait le tribunal, par suite des contradictions des deux dépositaires sur la nature de la prétendue condition, il ne pourrait au plus ajouter foi qu'à celle énoncée dans la déclaration que Fauquez, l'un des dépositaires, a faite devant Jauvet, notaire à Montereau, de laquelle il dit avoir, le jour même du dépôt, en présence de Champagne et Merlin-Hall, fait mention sur l'enveloppe, et retenu copie pour son renseignement personnel; mais que le cas indiqué par Fauquez, dans cette déclaration, n'est point arrivé; que par conséquent la contre-lettre déposée entre les mains de Champagne et de Fauquez, n'aurait pas dû être brûlée;

» Faisant droit, tant sur l'appel interjeté par le commissaire du gouvernement, que par Potter, du jugement du tribunal correctionnel de l'arrondissement de Melun, et vu les art. 201 et 204 du Code des délits et des peines, annulle ledit jugement, déclare que le dépôt de la contre-lettre du 6 ventôse an 7, fait entre les mains de Champagne et Fauquez, a été violé par le brûlement qui en a été fait dans les premiers jours du mois de germinal an 8; que l'un des auteurs de cette violation a été le cit. Champagne, qui, sur la réquisition de Merlin-Hall, en sa présence, hors celle de Potter, et sans que ledit Potter eût été légalement appelé, a brûlé le dépôt qui lui avait été confié; qu'il n'est pas constant que Champagne ait profité en aucune manière de cette violation, ni qu'il ait agi dans le dessein de nuire à autrui; que seulement il a commis une imprudence grave, soit en admettant, sur la parole de Merlin-Hall, une convention verbale qui n'a point été faite, soit en supposant qu'il y en eût aucune, en ne vérifiant pas si la condition sous laquelle elle aurait été faite, était arrivée, soit encore en n'appelant pas légalement à l'anéantissement de la contre-lettre, le cit. Potter qu'elle intéressait, et qui la lui avait confiée;

» Renvoie Champagne de la plainte contre lui rendue par Potter; et comme l'imprudence grave commise par Champagne, n'est pas du ressort du tribunal; que, si elle peut donner lieu à des dommages-intérêts contre Champagne, à raison du préjudice qu'elle a pu causer à Potter, et si celui-ci se croit fondé à en demander, les tribunaux civils sont les seuls qui puissent y statuer, renvoie sur cet objet les parties pardevant les juges qui doivent en connaître, défenses réservées au contraire;

» En ce qui touche Sara-Clarck, femme de Merlin-Hall,

» Considérant qu'il n'est pas constant qu'elle ait co-opéré au brûlement de la contre-lettre dont est question, ni même qu'elle en ait été instruite, et que par conséquent elle n'est pas convaincue d'être complice de la violation du dépôt;

» Renvoie la femme Merlin-Hall de la plainte contre elle rendue, sans préjudice des actions civiles qui pourraient compéter contre elle à Potter;

» En ce qui concerne Dyvoire et Vary,

» Considérant qu'il n'est pas constant qu'ils aient contracté en aucune manière directe avec Potter, ni qu'ils aient co-opéré personnellement, directement ou indirectement, au brûlement qui a été fait; qu'ainsi, ils ne sont

Digitized by Google

pas convaincus d'être complices de la violation du dépôt;

» Les renvoie de la plainte contre eux rendue par Potter;

» En ce qui touche Merlin-Hall,

» Considérant qu'il résulte des débats, qu'il a d'abord nié l'existence d'une contre-lettre signée de lui et de sa femme; que, lorsqu'il en a postérieurement avoué l'existence, il l'a fait en y ajoutant celle d'une convention verbale qui n'a jamais existé; qu'il est également constant que, dans la supposition de l'existence de cette contre-lettre, il en a imposé aux dépositaires, en leur présentant comme l'événement de la condition portée en cette convention, le protêt fait le 1er floréal an 7, d'une créance que lui-même avait éteinte en payant le cit. Mérat, et débitant Potter sur ses livres; qu'il l'est aussi que c'est en sa présence, sur sa réquisition et ses insinuations, que le dépôt a été brûlé; que ce brûlement a été poursuivi et obtenu par lui de l'imprudence des dépositaires, dans le dessein de nuire à Potter; que Merlin-Hall a aidé et assisté les auteurs de la violation du dépôt, dans l'acte même qui l'a consommé; qu'il l'a fait sciemment, pour son profit, et dans le dessein de nuire à Potter;

» Appliquant audit Merlin-Hall la disposition de l'art. 12 de la loi du 25 frimaire an 8, et celle de l'art. 1 du tit. 3 de la deuxième partie du Code pénal, condamne ledit Merlin-Hall en une année d'emprisonnement;

» Et attendu que le brûlement de la contre-lettre avait pour objet et a eu pour effet de s'emparer, par Merlin-Hall, de la manufacture; qu'il résulte de l'examen des pièces et des débats, que Merlin-Hall, en s'emparant indûment de cette manufacture de faïence de Montereau, a fait éprouver à Potter des pertes considérables; qu'il en résulte également que le prix de 8,000 francs porté en l'acte de résiliation, comme celui des marchandises existantes en magasin au 6 ventôse an 7, est évidemment au-dessous de leur valeur véritable; que Merlin-Hall lui-même l'a reconnu dans l'aperçu qu'il a fourni au cit. Dyvoire, le.... et dans lequel il a fixé à 48,410 livres 11 sous 6 deniers, les marchandises qui étaient en magasin le 6 ventôse; que cette fixation elle-même doit être encore inférieure à la véritable, puisque, depuis le 16 ventôse, Merlin-Hall s'était permis de diminuer de deux cinquièmes le prix des marchandises; qu'on peut d'ailleurs d'autant plus croire que cette somme est fort inférieure à la véritable valeur desdites marchandises, que Merlin-Hall, gérant, pour Potter, la manufacture, salarié par lui, s'est permis de s'emparer indûment des copies du procès-verbal de saisie faite sur Potter, et descriptif des marchandises saisies; qu'il les a soustraites malgré l'opposition du surveillant établi par Potter; qu'il n'a jamais voulu représenter l'original de ce procès-verbal qui était entre ses mains, puisque c'était sa femme qui avait fait faire la saisie;

» En conséquence, faisant droit sur la demande en dommages et intérêts formée par Potter, condamne Merlin-Hall en 90,000 francs de dommages et intérêts envers ledit Potter, si mieux n'aime, suivant l'état de ces dommages et intérêts qui sera donné par Potter, auquel cas les parties feront prononcer sur lesdits dommages et intérêts pardevant les juges qui doivent en connaître;

» En ce qui touche la demande formée par Potter, en reddition de compte de la gestion de Merlin-Hall, en restitution des produits de la manufacture, et en réintégration de sa jouissance de ladite manufacture,

» Considérant que la contre-lettre ayant été indûment brûlée, la déclaration de Potter sur le contenu en icelle doit être uniquement admise; qu'ainsi, le brouillon rapporté par Royer, doit être considéré comme la contre-lettre elle-même;

» Le tribunal déclare que le brouillon de contre-lettre représenté par le témoin Royer devant le magistrat de sûreté...., contient les intentions des parties, et est véritablement la minute des deux doubles qui ont été confiés à Champagne et à Fauquez; ordonne que Merlin-Hall et sa femme seront tenus de le signer avec Potter, faute de quoi le présent jugement vaudra lesdites signatures; que ledit acte sera exécuté selon sa forme et teneur, après toutefois qu'il aura été soumis aux formalités du timbre et de l'enregistrement; en conséquence, pour l'exécution des clauses de ladite contre-lettre, renvoie les parties devant les juges qui doivent en connaître;

» En ce qui concerne les dommages et intérêts demandés audit Potter par Champagne, Sara Clarck, femme Merlin-Hall, Dyvoire et Vary, rejette ladite demande... ».

Quatre recours en cassation sont dirigés contre cet arrêt, le premier par Merlin-Hall, le second par son épouse, le troisième par Champagne, et le quatrième par Potter.

« Nous n'avons sur celui-ci qu'une seule observation à faire (ai-je dit à l'audience de la section criminelle, le 20 fructidor an 12): c'est qu'il est non-recevable, faute de consignation d'amende.

» A l'égard du second et du troisième, Potter prétend les écarter par une fin de non-recevoir qu'il oppose également à Cham-

Digitized by Google

pagne et à la dame Merlin-Hall. Suivant lui, Champagne et la dame Merlin-Hall n'étant condamnés à aucune peine, à aucune réparation civile, sont, par cela seul, sans intérêt pour attaquer l'arrêt du 21 pluviôse; et dès qu'ils sont sans intérêt, ils sont nécessairement sans action.

» Un seul mot nous paraît suffire pour repousser cette fin de non-recevoir : l'arrêt du 21 pluviôse juge, tant contre Champagne que contre la dame Merlin-Hall, que la contre-lettre du 6 ventôse an 7 n'a pas dû être anéantie; qu'elle est demeurée obligatoire, nonobstant la destruction des actes qui en contenaient la rédaction; et qu'ils peuvent tous deux être poursuivis devant les tribunaux civils, l'un pour les dommages-intérêts qui ont résulté de l'anéantissement de ces actes, l'autre pour l'exécution des clauses qui étaient écrites dans ces actes même. Champagne et la dame Merlin-Hall sont donc tous deux intéressés à faire réformer cet arrêt; la fin de non-recevoir que leur oppose Potter, porte donc sur une base absolument fausse.

» Au fond, quatre moyens de cassation vous sont proposés, un particulier à Merlin-Hall, et trois qui lui sont communs avec son épouse et Champagne.

» Le moyen particulier à Merlin-Hall, consiste à dire que les principaux accusés, Fauquez et Champagne, ayant été déchargés, l'un par sa mort, l'autre par l'arrêt attaqué, de la peine portée par l'art. 12 de la loi du 25 frimaire an 8, cette peine n'a pas pu être infligée à son prétendu complice; qu'il est contradictoire de punir le complice d'un délit, et d'en laisser les auteurs jouir de l'impunité; que d'ailleurs, Merlin-Hall n'a ni provoqué la destruction de la contre-lettre, ni aidé et assisté Champagne et Fauquez à la détruire; qu'il leur en a seulement donné le conseil; et que par conséquent il n'y a dans sa conduite aucun des traits qui, suivant l'art. 1er du dernier titre du Code pénal, forment le caractère de la complicité.

» Ce moyen n'a sans doute fait sur vous aucune impression.

» D'un côté, la mort de Fauquez a bien éteint l'action criminelle à son égard; mais elle a laissé cette action intacte envers Merlin-Hall; et si, pour justifier une proposition aussi évidente, il était besoin de quelque autorité, nous vous rappellerions le décret de la Convention nationale du 26 messidor an 2, qui, sur un référé du tribunal criminel du département du Doubs, déclare *qu'il n'y a rien, soit dans le Code pénal, soit dans toute autre loi, qui puisse faire douter si le complice d'un criminel doit être puni, lorsqu'il est convaincu, quoique l'auteur principal du crime soit mort avant sa condamnation; que c'est se jouer de la justice, que d'en arrêter le cours par de semblables doutes, et consumer sans fruit le temps de la représentation nationale, que de lui proposer à résoudre des questions pour la solution desquelles les lois n'offrent aucune difficulté.*

» D'un autre côté, l'absolution de Champagne, motivée sur ce qu'en détruisant la contre-lettre, il avait été plus imprudent que coupable, a-t-elle dû entraîner l'absolution de Merlin-Hall, considéré comme provocateur, comme aide de cette destruction? C'est demander en d'autres termes, si celui qui provoquerait ou aiderait un homme en démence, un enfant, à commettre un homicide, devrait profiter de l'absolution qui serait prononcée en faveur de l'enfant, de l'homme en démence (1).

---

(1) Ce que j'ai dit ici pour réfuter le moyen de cassation particulier à Merlin-Hall, la cour de cassation l'a jugé depuis par plusieurs arrêts.

Il y en a un qui a été rendu le 27 mai 1808, et qui est rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Complice*, n° 4.

En voici d'autres non moins remarquables.

En 1811, Louis-François Adeline, dit Laverdun, et Marguerite-Agathe Martin, sont mis simultanément en accusation, l'un, comme auteur d'un vol commis avec de fausses clefs et dans une maison habitée; l'autre, comme l'ayant aidé dans les faits qui avaient facilité l'exécution du crime et comme ayant recelé sciemment une partie des objets volés.

Après les débats, le jury déclare qu'Adeline n'est pas coupable, et ajoute, sans s'expliquer sur les circonstances aggravantes du vol dont il s'agit, que la fille Martin s'en est rendue complice, en recelant et appliquant à son profit une partie des effets volés, sachant qu'ils provenaient d'un vol.

En conséquence, Adeline est acquitté par une ordonnance du président; mais par arrêt de la cour d'assises, la fille Martin est condamnée, par application de l'art. 401 de Code pénal, à cinq années d'emprisonnement.

La fille Martin se pourvoit en cassation, et soutient que la déclaration du jury est contradictoire, et par conséquent nulle; qu'ainsi, elle n'a pu motiver légalement la condamnation prononcée par la cour d'assises.

Mais par arrêt du 17 août 1811,

« Attendu que, si l'accusé n'est pas convaincu, le jury de jugement doit, aux termes de l'art. 345 du Code d'instruction criminelle de 1808, déclarer qu'il n'est pas *coupable*, sans que la déclaration de *non-culpabilité* soit une déclaration de la *non-existance du fait*;

» Qu'après avoir prononcé que le principal accusé n'est pas coupable, si le jury aperçoit que le vol ou autre crime est constant, et s'il voit en même temps, à l'égard d'un complice, la conviction qu'il n'a pas jugée établie contre le principal accusé, il peut, sans

Digitized by Google

» Enfin, l'arrêt attaqué déclare constant en point de fait, que Merlin-Hall n'a pas seulement conseillé la destruction de la contre-lettre, mais qu'il l'a *poursuivie*, expression qui, assurément, répond bien à celle de *provoquée*, et qu'il en a *aidé et assisté les auteurs dans l'acte même qui l'a consommée*. Que veut-on de plus pour justifier l'arrêt en cette partie ?

» Quant aux trois moyens qui sont communs à Merlin-Hall, à son épouse et à Champagne, il y en a deux, savoir, le second et le troisième, qui ne peuvent par eux-mêmes et pris chacun isolément, mériter aucune espèce de considération.

» D'abord, en effet, les demandeurs ont beau dire qu'en jugeant le *brouillon* de la contre-lettre, représenté par le témoin Royer, conforme à la contre-lettre elle-même, qu'en ordonnant aux parties de la signer, et qu'en déclarant qu'à défaut de leurs signatures, son jugement en tiendrait lieu, la cour de justice criminelle de Seine-et-Marne a *violé la loi du contrat*, ou plutôt a créé un contrat qui n'existait pas, et a par conséquent commis un excès de pouvoir. Il est évident que ces dispositions ne sont, dans l'arrêt attaqué, que la conséquence nécessaire de celle qui déclare que la contre-lettre n'a pas été légitimement détruite; et que la cour de justice criminelle de Seine-et-Marne n'a fait, à cet égard, que ce que pourrait et devrait faire un tribunal civil sur la demande d'un créancier à qui son débiteur aurait enlevé son titre de créance.

» Ensuite, comment les demandeurs peuvent-ils se flatter d'établir que l'arrêt du 21 pluviôse a fait une fausse application de l'art. 12 de la loi du 25 frimaire an 8? Ils convion-

---

violer la loi, après avoir déclaré la non-culpabilité de celui-ci, déclarer le complice coupable;

» Qu'il suit de là qu'il n'y a eu ni contravention aux art. 337 et 345 du Code d'instruction criminelle (qui, au surplus ne portent pas la peine de nullité) ni contradiction dans la déclaration du jury, lorsque, d'une part, il a été déclaré qu'Adeline dit Laverdun, principal accusé, n'était pas coupable, et d'autre part, que la culpabilité de Louise-Agathe Martin, comme complice du vol, était prouvée;

» La cour rejette le pourvoi ».

Joseph Cartin, âgé de moins de 15 ans, et François Cartin, son père, sont traduits devant la cour d'assises du département de l'Aisne, comme accusés, le premier, d'avoir volé dans les champs plusieurs gerbes de bled, le second, de les avoir recelées.

Joseph Cartin meurt en prison avant l'ouverture des débats, mais l'instruction n'en continue pas moins contre son père.

Le 28 février 1815, déclaration du jury portant que le vol énoncé dans l'acte d'accusation, est constant, et que François Cartin est coupable du recélé que lui impute le même acte.

En conséquence, arrêt de la cour d'assises qui condamne François Cartin à cinq années de réclusion.

François Cartin attaque cet arrêt par deux moyens: violation de l'art. 2 du Code pénal, en ce que le décès du prétendu coupable n'a pas pu éteindre l'action publique à son égard, sans l'éteindre en même temps au profit de son prétendu complice; violation des art. 59 et 62 du même Code, en ce que le prétendu complice de Joseph Cartin se trouve puni plus sévèrement que celui-ci n'aurait pu l'être à raison de son âge, d'après l'art. 67.

Mais par arrêt du 21 avril de la même année,

« Attendu que, si, lorsqu'une action qualifiée crime par la loi, a été commise avec discernement par un individu âgé de moins de 15 ans, la peine afflictive et infamante que cet individu avait encourue, est réduite à une peine correctionnelle, ce changement dans la nature de la peine, n'est pas l'effet d'un changement dans la nature de l'action, qui ne cesse pas d'être criminelle, et qu'il a lieu uniquement par égard pour le jeune âge du coupable; que cette indulgence qui lui est personnelle, puisqu'elle est accordée à son âge, ne saurait donc être invoquée par un complice; que si l'art. 59 du Code pénal dit: *les complices d'un crime ou d'un délit, seront punis de la même peine que les auteurs* même de ce crime ou *de ce délit*, il ajoute néanmoins: *sauf les cas où la loi en aurait disposé autrement;* et que l'un de ces cas est nécessairement celui où l'auteur et le complice d'un crime sont âgés, l'un de moins, l'autre de plus de seize ans, puisqu'ils ne pourraient être soumis l'un et l'autre à la même peine sans qu'il y eût violation ou de l'art. 67 du Code pénal, ou des divers articles du même Code qui ne prononcent des peines correctionnelles que contre les délits et punissent les crimes de peines afflictives et infamantes; qu'ainsi, lors même que, dans l'espèce, Cartin fils aurait été déclaré l'auteur du vol, et qu'il l'aurait commis n'étant âgé que de moins de quinze ans, Cartin père, déclaré complice par recélé du vol qui est le cas de l'art. 388 du Code pénal, n'en aurait pas moins été légalement condamné à la peine déterminée par cet article.

» Mais que Cartin fils, décédé en prison longtemps avant le jugement du procès, n'a pu être et n'a point été déclaré coupable, et que le jury s'est borné à déclarer le vol constant, sans pouvoir en nommer l'auteur; qu'il est de principe que, pour qu'un complice soit poursuivi et puni de la peine prononcée par la loi contre l'auteur même du crime, il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu condamnation ni poursuite contre ce dernier; qu'il suffit que le fait matériel du crime existe, que ce fait matériel du crime soit reconnu et jugé avec celui qui est accusé d'en avoir été le complice, et que les faits de complicité aient un caractère moral criminel; que ces circonstances se trouvent réunies, puisque le fait matériel du vol est déclaré constant par le jury, et que Cartin père est déclaré coupable d'avoir recelé sciemment les objets volés, la condamnation dudit Cartin aux peines de

Digitized by Google

nent que cet article aurait été justement appliqué par l'arrêt du 21 pluviôse, s'il était constant que la contre-lettre eût été déposée entre les mains de Champagne et de Fauquez, *à la charge de la rendre ou représenter;* et ce n'est que parcequ'ils ont, selon eux, prouvé le contraire devant la cour de justice criminelle, qu'ils accusent cette cour d'avoir appliqué à faux la peine portée par la loi contre tout dépositaire qui détruit la chose confiée à sa garde. Mais, sans doute, Messieurs, vous penserez sur ce point de fait, que, si la cour de justice criminelle était compétente pour le constater, et si elle l'a constaté légalement, son arrêt ne donne aucune prise à la cassation; vous penserez sans doute que, dans cette double hypothèse, l'application de l'art. 12 de la loi du 25 frimaire an 8 devenait, pour les juges de la cour de justice criminelle, le corollaire aussi simple qu'inévitable du fait reconnu et proclamé par eux, que le dépôt de la contre-lettre avait eu lieu sans la condition que les prévenus soutenaient y avoir été apposée verbalement; vous penserez sans doute que, dans cette double hypothèse, les juges ont rempli, relativement à ce fait, le ministère de jurés, et que leur décision est inattaquable en cette partie.

» C'est donc à l'examen de cette double hypothèse, que toute la cause se trouve réduite; et cet examen ne doit être, comme vous le voyez, que celui des deux branches du premier moyen de cassation des demandeurs.

» Nous disons *des deux branches:* car, par leur premier moyen de cassation, les demandeurs soutiennent à la fois et que la cour de justice criminelle n'a pas acquis légalement la preuve du dépôt dont il s'agit, et qu'elle n'était pas compétente pour rechercher cette preuve, pour la déduire des débats ouverts devant elle.

» De ces deux propositions, la première, considérée isolément et sans aucun rapport avec la seconde, vous paraîtra sûrement n'être qu'une erreur.

» Il est vrai qu'aux termes de l'art. 2 du tit. 20 de l'ordonnance de 1667, il doit être *passé acte de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent livres, même pour dépôt volontaire.* Mais tout ce que l'on peut conclure de cette disposition, c'est que le dépôt volontaire ne peut pas être prouvé par témoins; et jamais on n'a eu la prétention d'en inférer que l'aveu du dépositaire ne puisse pas, à cet égard, remplacer la preuve par écrit. Or, dans notre espèce, le dépôt était avoué par les demandeurs; la disposition de l'ordonnance de 1667 n'a donc pas été violée par l'arrêt qui, d'après l'aveu des demandeurs, a déclaré constant le fait du dépôt.

» Il est vrai encore que les demandeurs n'avouaient pas purement et simplement le dépôt, et qu'ils ajoutaient à leur aveu des explications qui, si elles avaient été admises avec l'aveu même, en auraient enlevé tout l'avantage à leur adversaire. Mais si, en séparant ces explications de leur aveu, la cour de justice criminelle a jugé contre l'opinion presque unanime des auteurs qui enseignent qu'en thèse générale, l'aveu judiciaire est indivisible, elle n'a, du moins, jugé contre le texte d'aucune disposition législative; car alors n'existait pas encore l'art. 1356 du Code civil, qui, tout en voulant que l'aveu judiciaire fasse *pleine foi contre celui qui l'a fait*, veut en même temps qu'il ne puisse *être divisé contre lui;* et non seulement il est certain qu'aucune loi antérieure au Code civil, n'avait con-

---

l'art. 388 du Code pénal a dû être prononcée, et que, sous aucun rapport, l'arrêt attaqué n'est susceptible de censure;

» La cour rejette le pourvoi ».

Le 5 août 1818, arrêt de la cour d'assises du département du Gard, qui, par application des art. 59 et 386 du Code pénal, condamne à cinq années de réclusion, Étienne Causse, déclaré, par le jury, coupable d'avoir recélé sciemment et appliqué à son profit des objets provenant d'un vol commis la nuit dans une maison habitée, par la femme Zimmerlé au préjudice de son mari.

Étienne Causse se pourvoit en cassation et soutient qu'en le condamnant à la réclusion comme complice d'un vol à raison duquel la femme qui en était coupable, n'était, aux termes de l'art. 380 du Code pénal, passible d'aucune peine, la cour d'assises a fait une fausse application des art. 59 et 386 du même Code.

Mais par arrêt du 8 octobre de la même année,

« Attendu que, suivant le principe établi par l'art. 59 du Code pénal, le complice d'un crime est passible des peines qu'aurait encourues l'auteur d'après la nature des circonstances aggravantes; que, suivant l'art. 380 du même Code, le complice du vol commis par la femme, n'est pas admis à partager l'exemption de la peine accordée par cet article à la femme; qu'ainsi, dans l'espèce, le demandeur, déclaré complice par recélé, pour avoir appliqué à son profit partie des effets du vol commis par la femme Zimmerlé sur son mari, la nuit, dans une maison habitée, a dû être puni de la peine de la réclusion que, dans le privilége à elle exclusivement personnel, la femme aurait encourue ». (Bulletin criminel, tome 23, page 422.)

On peut encore voir là-dessus les arrêts rapportés dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Faux*, §. 6, nos 2 et 3, et §. 34.

Digitized by Google

sacré ce principe; mais le contraire avait été soutenu par des jurisconsultes d'un grand poids; et voici notamment ce qu'avait dit, à cet égard, le savant Berroyer, dans ses notes sur les arrêts de Bardet, tome 1er, page 617.....(1).

» Nous devons donc le dire hautement, si un tribunal civil eût jugé comme l'a fait la cour de justice criminelle de Seine et Marne, son jugement serait à l'abri de la cassation, soit parcequ'en admettant l'aveu des demandeurs pour preuve d'un dépôt volontaire, il n'aurait pas contrevenu à l'art. 2 du tit. 20 de l'ordonnance de 1667; soit parcequ'en divisant cet aveu, il n'aurait violé aucune des lois existantes à cette époque, et qu'il se serait seulement écarté d'une doctrine qui, toute raisonnable qu'elle est, n'était pourtant pas sans contradicteurs avant la promulgation du Code civil. Nous devons donc le dire hautement, le premier moyen de cassation des demandeurs manque de fondement dans sa première branche.

» Mais que penserez-vous, Messieurs, de la seconde? Jugerez-vous que la cour de justice criminelle a pu, sans excéder les limites de ses attributions, connaître du fait et des conditions du dépôt, en même temps que du prétendu délit résultant de la destruction de la chose déposée? Ou bien, déciderez-vous que le fait et les conditions du dépôt étaient de la compétence exclusive des tribunaux civils? Déciderez-vous que les tribunaux civils auraient dû statuer sur le fait et les conditions du dépôt, avant que les tribunaux criminels pussent juger que la destruction de la chose déposée formait un véritable délit? Telle est la question sur laquelle nous sommes appelés par notre ministère à vous présenter nos vues; et l'avoir proposée, c'est déjà en avoir fait sentir l'extrême importance.

» Au premier aspect, il n'est personne qui ne se dise à soi-même qu'en matière de délits, la compétence des juges criminels n'est circonscrite par aucune borne, n'est modifiée par aucune réserve, n'est limitée par aucune exception; que, dès qu'un délit est articulé, les juges criminels peuvent le rechercher, le poursuivre, non seulement dans l'acte qui, à proprement parler, le constitue et en renferme la substance; mais encore dans tous les faits, dans toutes les circonstances, même de pur intérêt civil, dont le concours est nécessaire pour qu'il ait pu être commis.

» Ainsi, lorsqu'un titre est argué de faux, les juges criminels ne sont pas obligés, pour convaincre et punir le faussaire, d'attendre que les juges civils aient déclaré le faux constant.

» Ainsi, lorsqu'un débiteur en faillite est accusé d'avoir souscrit des billets simulés en fraude de ses créanciers légitimes, les juges criminels peuvent connaître de la simulation de ces billets; et s'ils les jugent simulés en effet, ils peuvent, en les annulant, condamner aux peines de la banqueroute frauduleuse, non seulement le prétendu débiteur qui les a signés, mais encore les créanciers supposés qui les ont reçus de lui (1).

» Ainsi, lorsqu'un particulier en accuse un autre de lui avoir surpris une obligation ou une quittance, par dol et escroquerie, les juges criminels peuvent décider si, en effet, c'est d'un fait de dol et d'escroquerie que dérive l'obligation ou la quittance; et, dans le cas de l'affirmative, déclarer nulle la quittance et l'obligation.

» Et pourquoi n'en serait-il pas de même dans l'hypothèse de l'accusation portée contre un dépositaire, d'avoir détruit la chose qu'il a reçue en dépôt? Pourquoi les juges criminels, qui tiennent de la loi le pouvoir de juger le délit de destruction de la chose déposée, ne tiendraient-ils pas également d'elle le pouvoir de juger s'il y a eu un dépôt? S'il n'y avait pas eu de dépôt, la chose déposée n'aurait pas pu être détruite. Comment donc la loi pourrait-elle attribuer aux juges criminels la connaissance du délit de destruction de la chose déposée, sans leur attribuer simultanément la connaissance du dépôt même? La connaissance du délit de destruction est la *fin* de la loi; la connaissance du dépôt est le *moyen* sans lequel ne peut avoir lieu la connaissance du délit; il faut donc que l'une entraîne l'autre : *qui vult finem vult medium.*

» Il y a pourtant une différence très-sensible entre ce cas et ceux de faux, de simulation frauduleuse et d'escroquerie. En cas de faux, de simulation et d'escroquerie, le délit réside dans l'acte même qui a été falsifié, simulé ou escroqué; c'est cet acte même qui forme le siége et la matière du délit : il est donc impossible de séparer le délit d'avec l'acte; et de là, le pouvoir qu'ont nécessairement les juges criminels de prononcer sur le délit. Dans notre espèce, au contraire, le délit n'est point dans le dépôt, il est dans un

(1) *V.* l'article *Confession*, §. 2.

(1) *V.* l'article *Simulation*, §. 1.

Digitized by Google

acte postérieur, il est dans la destruction de la chose confiée au dépositaire; il n'y a donc point ici de raison d'indivisibilité; et de ce qu'ici les juges criminels peuvent statuer sur le délit, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'ils puissent aussi statuer sur le dépôt.

» Mais faisons un pas de plus, et bientôt nous rencontrerons des cas qui paraissent très-analogues à notre espèce, et dans lesquels, tout aussi bien que dans ceux de faux, de simulation et d'escroquerie, les juges criminels n'ont pas besoin, pour asseoir leur compétence, d'une décision préalable des juges civils.

» Un testament a été, après la mort du testateur, supprimé par son héritier naturel. Le légataire qui, par ce délit, est privé de la libéralité du défunt, peut-il rendre plainte devant les juges criminels, sans que les juges civils aient préalablement décidé que le testament a existé, et qu'il contenait une disposition en sa faveur? Nous ne croyons pas que l'affirmative puisse souffrir aucun doute.

» Voilà donc une espèce où le délit ne se confond, ne s'identifie pas avec le titre dont l'existence est déniée, et où cependant la compétence des juges criminels n'éprouve nulle contradiction.

» Un débiteur a soustrait à son créancier l'obligation qu'il lui avait passée, et qui formait le seul titre de sa créance. Le créancier peut-il, tout de suite, l'actionner criminellement? Et le juge criminel peut-il recevoir sa plainte, avant que le juge civil ait prononcé sur l'existence primitive de l'obligation? Il y a dans le recueil de Salviat, quest. 14, un arrêt de la tournelle du parlement de Bordeaux, qui juge pour l'affirmative, et qui, en conséquence, non seulement déclare le débiteur coupable du délit de soustraction du titre, mais encore le condamne à exécuter, envers son créancier, l'obligation qu'il lui avait enlevée. Nous ne craignons pas d'ailleurs d'assurer que jamais on n'a jugé le contraire, et nous en avons pour garant ce que disait à l'audience du parlement de Paris, le 2 août 1706, M. l'avocat-général Joly-de-Fleury, dans un plaidoyer rapporté sous cette date, au Journal des audiences : *Jamais* (ce sont ses termes) *on n'a cru devoir empêcher, nonobstant la disposition de l'ordonnance* (de Moulins et de celle de 1667), *d'informer de la soustraction d'une obligation. Toute la difficulté qui peut rester dans ce principe, est dans le cas que le fait de la vérité de la pièce et celui de la soustraction se peuvent lier et unir ensemble, et que l'un s'établit nécessairement par l'autre. Alors, il faut examiner quel est le véritable motif et le principal objet de la preuve : lorsque c'est le délit qui forme l'objet principal de la demande, c'est de la preuve de ce délit que résulte la vérité de l'obligation; c'est un accessoire qui doit suivre naturellement l'objet principal, et qui peut être établi sur la preuve par témoins du délit....*

» Voilà donc encore un cas où le délit est absolument distinct du titre sur lequel il a été commis, et où néanmoins il ne peut y avoir la plus légère difficulté sur la compétence directe et immédiate des juges criminels.

» Devons-nous donc assimiler à ce cas et au précédent, celui qui fait la matière de la contestation actuelle? Déjà, Messieurs, vous avez jugé que non; le 12 messidor an 11, au rapport de M. Rataud, vous avez cassé un jugement du tribunal criminel du département de la Nièvre, qui avait admis la plainte de Rollin, contre Lasne-de-Vareilles, en suppression d'un titre confié à celui-ci; et vous l'avez cassé, *attendu que le fait imputé à Rollin, d'avoir détourné à son profit un acte sous seing-privé qui lui avait été confié par Lasne-de-Vareilles, et qui établissait qu'une acquisition d'environ deux cents arpens de terre avait été faite par eux en commun, serait bien, par sa nature, un délit qui, d'après les dispositions de l'art. 12 de la loi du 25 frimaire an 8, devrait être poursuivi par voie de police correctionnelle; mais que, dans l'espèce, le fait du dépôt, l'existence de la convention et de l'acte qui l'établissait, ont été contestés par le prévenu, qui se prévalait d'un acte notarié duquel il résultait qu'il était seul acquéreur; qu'alors s'élevait une autre question principale et préalable, qui rentrait évidemment dans la compétence exclusive des tribunaux civils, et ne pouvait être jugée que conformément aux dispositions de la loi civile; qu'autrement, ce serait introduire, en matière de conventions, la preuve testimoniale, dans les cas où la loi générale la prohibe formellement; que, dans cet état, la poursuite à raison du délit, devait être nécessairement subordonnée à l'événement de la contestation à porter devant les tribunaux civils; et qu'ainsi, en ordonnant qu'il serait, de suite, procédé à l'instruction criminelle et au jugement sur le fait de la plainte, le tribunal criminel du département de la Nièvre, a, par le jugement attaqué, violé les règles de compétence établies par la loi.*

» Rien, assurément, de plus formel que cet arrêt : il juge très-positivement que, lorsque, sur une plainte en suppression de chose déposée, le fait du dépôt est nié par le prévenu,

Digitized by Google

ce fait constitue une question préjudicielle, dont la connaissance appartient aux tribunaux civils; et que, tant que les tribunaux civils n'y ont pas statué définitivement, les juges correctionnels doivent surseoir à l'instruction de la plainte. Mais plus cette décision est imposante par son grand caractère, plus il importe d'examiner si elle peut se concilier avec les principes que nous venons d'établir sur cinq cas que nous avons passés en revue, c'est-à-dire, sur le faux, la simulation frauduleuse, l'escroquerie, la suppression d'un testament par l'héritier auquel il porte préjudice, et la soustraction d'un titre de créance par le débiteur qui l'a signé.

» Qu'elle puisse se concilier, qu'elle se concilie même très-bien, avec les maximes qui régissent les trois premiers cas, c'est ce que nous avons déjà prouvé par la différence essentielle qui existe entre ces trois cas et celui de la suppression d'une chose déposée.

» Dans le cas de faux, de simulation et d'escroquerie, le délit est, par sa nature, comme par l'époque où il a été commis, inséparable de l'acte qui en a été l'objet. Dans le cas de suppression de la chose déposée, le délit et le fait du dépôt sont indépendans l'un de l'autre, non pas, à la vérité, en ce sens que le délit puisse avoir été commis, si le dépôt n'a pas eu lieu; mais du moins en ce sens que le dépôt puisse avoir eu lieu sans que le délit ait été effectué. Ainsi, rien d'étonnant que, dans les trois premiers cas, les juges criminels soient compétens d'emblée, et qu'ils ne le soient pas dans celui dont il est ici question.

» Mais concilierons-nous aussi facilement votre arrêt du 12 messidor an 11, avec ce que nous avons dit sur les deux autres cas? Oui, Messieurs; et pour y parvenir, nous n'aurons besoin que d'un principe sur lequel il ne peut s'élever aucune contradiction sérieuse.

» Ce principe est qu'il ne peut y avoir lieu à l'action criminelle, que dans les matières susceptibles de la preuve par témoins. Vous le savez, les procès criminels, quel que soit leur objet, admettent nécessairement tous les genres de preuves et par conséquent la preuve par témoins, comme la preuve par écrit. *Dans chacun des cas* (porte l'art. 82 du Code des délits et des peines), où il y a lieu d'instruire sur un délit, *le juge de paix dresse des procès-verbaux*, ENTEND DES TÉMOINS, *recueille les preuves par écrit et rassemble les pièces de conviction.* Une foule d'autres dispositions du même Code concourent également à établir qu'on peut, qu'on doit entendre des témoins dans toutes les affaires qui s'instruisent criminellement; et cela est si vrai, qu'on ne saurait pas citer une seule loi, soit ancienne, soit moderne, qui défendit la preuve testimoniale dans un procès criminel, de quelque nature qu'il fût.

» Mais de là même il suit évidemment que partout où la preuve testimoniale est interdite, il ne peut pas y avoir lieu à l'action criminelle, puisque admettre en pareil cas l'action criminelle, ce serait forcer le juge qui en serait saisi, à repousser un genre de preuve qui appartient essentiellement à tous les procès de sa compétence.

» Cela posé, on voit tout de suite pourquoi l'action criminelle est admissible, sans autre préliminaire, dans le cas de suppression d'un testament par un héritier naturel, aussi bien que dans celui de la soustraction d'un titre de créance par le débiteur que ce titre obligeait, et pourquoi elle ne l'est pas, au moins immédiatement, dans le cas de destruction d'une chose déposée sans reconnaissance par écrit. C'est que, dans les deux premiers cas, la suppression du testament, la soustraction du titre de créance, peuvent être prouvées directement par témoins; au lieu que, dans le troisième, la destruction de la chose déposée ne peut être prouvée par témoins qu'après que le fait même du dépôt a été constaté par écrit.

» Nous disons d'abord que, dans les deux premiers cas, on peut prouver par témoins la suppression du testament et la soustraction du titre de créance; et c'est une vérité qui porte, pour ainsi dire, sa démonstration avec elle-même.

» Quel est le fondement de la prohibition de la preuve testimoniale dans les matières où cette preuve est interdite par l'ordonnance de Moulins, par celle de 1667 et par le Code civil? C'est que, dans ces matières, il n'a tenu qu'à celui qui veut recourir à la preuve testimoniale, de se procurer une preuve par écrit. Or, a-t-il été libre au légataire de se procurer une preuve par écrit de la suppression du testament qui contenait un legs en sa faveur? A-t-il été libre au créancier de se procurer une preuve par écrit de la soustraction de son titre? Non certainement. Ils ne sont donc ni l'un ni l'autre dans le cas de la prohibition de la preuve par témoins; ils sont donc, au contraire, l'un et l'autre dans le cas de la règle établie par Pothier, dans son *Traité des obligations*, n° 750, qu'*on est admis à la preuve testimoniale des choses dont on n'a pu se procurer une preuve littérale, à quelques sommes qu'elles puissent monter.*

Digitized by Google

» Aussi Ricard, part. 3, n° 6, n'hésite-t-il pas à dire que l'ordonnance de Moulins *n'est nullement contraire* à la preuve par témoins du *fait de suppression* d'un testament par l'héritier naturel, *puisque ce fait ne consiste en aucune convention; et qu'il a été impossible à celui qui s'en plaint, d'en stipuler un écrit.*

» Aussi, M. l'avocat-général Joly de Fleury établit-il, dans le plaidoyer déjà cité du 2 août 1706, que ni l'ordonnance de Moulins ni celle de 1667 ne s'opposent à ce qu'on prouve par témoins la soustration d'un titre de créance, et voici comment il s'explique à ce sujet :

» *On ne peut observer avec trop d'exactitude cette sage disposition de l'art. 54 de l'ordonnance de Moulins, renouvelée par l'ordonnance de 1667, touchant la preuve par témoins. Le danger était trop grand de soumettre à la déposition de témoins souvent prévenus, quelquefois même corrompus, l'état et la fortune des hommes. Il a fallu que les lois, en excluant cette sorte de preuve, en introduisissent une autre qui fût moins suspecte; c'est par cette raison qu'elles ont ordonné, par une première disposition, qu'il* serait passé des actes devant notaires ou sous seing-privé, de toutes choses excédant la somme de cent livres. *Et cette sûreté étant établie, elles ont voulu, par un seconde disposition, qu'il* ne fût accordé aucune preuve par témoins contre et outre les contrats et autres actes.

» *Mais cette dernière disposition est une conséquence nécessaire de la première; et il est hors de doute que, lorsque la première disposition doit cesser, la seconde ne peut subsister.*

» *Or, quand la loi a voulu qu'il fût passé des actes de toutes choses excédant la valeur de cent livres, elle n'a pu certainement comprendre dans sa disposition que les choses dont on peut passer des actes, c'est-à-dire, des choses qui tombent en convention, qui peuvent faire la matière d'un contrat. La loi, toujours sage dans ses dispositions, n'a pas voulu réduire les hommes à pratiquer une chose impossible; c'est pour cela que les choses qui ne peuvent se réduire par écrit, qui ne sont pas susceptibles de convention, n'ont jamais été comprises dans cette disposition; tels sont les faits qui arrivent entre une ou plusieurs personnes, au préjudice d'un tiers qui n'a pu y être partie; tels sont, en particulier, tous les délits qui, bien loin de pouvoir faire la matière d'un acte, se commettent toujours avec la précaution du secret, sous le voile duquel on cherche à éviter la punition que les crimes peuvent mériter.*

» *Si, dans ce cas, il n'est pas possible d'avoir des actes pour le prouver, et que la première disposition de l'ordonnance ne puisse avoir lieu, on ne peut douter que la seconde disposition n'y ait aucune application; elle ne peut donc la défendre dans les cas où il n'est pas possible d'avoir cette sûreté....,* (et dans le fait) *jamais on n'a cru devoir empêcher, nonobstant la disposition de l'ordonnance, d'informer de la soustraction d'une obligation.*

» Vous voyez, Messieurs, que M. Joly de Fleury fait marcher de front la faculté de prouver par témoins la soustraction d'un titre de créance, et la faculté d'*informer* de cette même soustraction. Il est donc bien vrai, comme nous l'avons avancé, que l'action criminelle n'est ouverte contre le fait de soustraction d'un titre de créance, que parceque ce fait est susceptible de la preuve testimoniale.

» Nous avons dit, en second lieu, que l'on ne peut prouver par témoins la destruction d'une chose déposée, qu'après que le fait même du dépôt a été constaté par écrit; et cette assertion est tout aussi facile à justifier que la précédente.

» Sans doute, par cela seul que la destruction d'une chose déposée est un délit, par cela seul que la partie qui s'en plaint, n'a pas pu s'en procurer une preuve littérale, on peut la prouver par témoins. Mais elle suppose nécessairement un fait préalable, elle suppose nécessairement un dépôt qui l'a devancée : car point de dépôt, point de destruction possible de la chose déposée; point de dépôt, point de délit. Or, il n'en est pas du dépôt en cette hypothèse, comme de la soustraction du testament, comme de la soustraction du titre de créance. Celui qui a confié un depôt, a pu et dû, au moment où il le confiait, en retirer une reconnaissance par écrit; et cette reconnaissance, il doit encore l'avoir en sa possession, à moins, ce que ne fait pas dans notre espèce le sieur Potter, à moins qu'il n'accuse son prétendu dépositaire de la lui avoir soustraite. Si donc il ne représente pas cette reconnaissance, nul moyen légal pour lui de prouver le dépôt; il ne pourrait le prouver que par témoins; et la loi lui interdit, à cet égard, la preuve testimoniale. Mais, encore une fois, dès qu'il n'y a point de dépôt, il est impossible d'admettre l'idée de la destruction de la chose prétendue déposée. Ainsi, l'inadmissibilité de la preuve testimoniale du dépôt entraîne irrésistiblement

Digitized by Google

l'inadmissibilité de la preuve testimoniale du fait que la chose prétendue déposée ait été détruite par le dépositaire ; et nous ne saurions trop le répéter, si la preuve testimoniale est inadmissible pour établir cette prétendue destruction, il répugne aux premiers principes que cette prétendue destruction puisse faire l'objet d'une procédure criminelle.

» S'il en était autrement, que deviendraient l'art. 2 du tit. 20 de l'ordonnance de 1667 et l'art. 1920 du Code civil? Vainement ces lois auraient-elles interdit la preuve testimoniale du dépôt volontaire. Rien ne serait aussi facile que d'éluder leurs dispositions, en prenant la voie criminelle, en accusant celui à qui l'on prétendrait avoir confié un dépôt, de l'avoir fait disparaître, en invoquant contre lui l'art. 12 de la loi du 25 frimaire an 8 ; et l'on sent assez que c'est à quoi ne manquerait jamais celui qui prétendrait avoir confié un titre ou un objet quelconque à titre de dépôt, sans s'en faire donner une reconnaissance par écrit. Il faut donc de deux choses l'une : ou dire que l'ordonnance de 1667 et le Code civil ne contiennent que des dispositions illusoires sur la manière de prouver les dépôts volontaires (ce qui serait souverainement absurde), ou admettre pour principe, qu'on ne peut pas, par l'emploi détourné d'une procédure criminelle, faire accueillir, sur le fait d'un dépôt volontaire, une preuve par témoins qui serait rejetée dans une instance civile.

» C'est effectivement ce qu'établissait M. l'avocat-général Joly de Fleury, dans son plaidoyer du 2 août 1706 : *Ce n'est donc point* (disait-il) *la voie civile ou la voie criminelle que la partie a choisie, qui décide pour y appliquer l'ordonnance ou pour s'en écarter : on peut poursuivre légitimement par la voie civile, des délits dont la preuve par témoins peut être admissible ; on ne peut introduire contre les règles, par la voie criminelle, une preuve indirecte d'un fait qui ne peut être prouvé par témoins ; c'est la nature du fait dont on demande la preuve par témoins, qui doit entièrement décider.*

» Et voilà pourquoi, Messieurs, dès longtemps avant votre arrêt du 12 messidor an 11, la jurisprudence des parlemens était invariablement fixée sur cette maxime qu'*il n'est pas permis d'employer la voie criminelle, pour se procurer indirectement*, en fait de dépôt volontaire, *une preuve testimoniale qui est réprouvée par la loi* : les nouveaux éditeurs de Denisart nous en donnent l'assurance, à l'article *Dépôt* ; et ils la confirment par un arrêt du parlement du Dijon, du 5 juillet 1670, et par cinq autres du parlement de Paris, des 7 avril 1694, 16 mars 1723,... mars 1724, 22 mai 1765 et 9 août 1766 (1).

» Il n'en faut donc pas douter : si, dans la cause actuelle, le dépôt de la contre-lettre eût été nié purement et simplement par les prévenus, leur dénégation aurait lié les mains aux juges criminels ; et les juges criminels auraient dû surseoir à toute procédure, jusqu'à ce que le fait du dépôt eût été constaté légalement par les juges civils. Ainsi le voulait la règle rappelée par votre arrêt du 12 messidor an 11 ; et la cour de justice criminelle du département de Seine et Marne l'a elle-même reconnu en termes exprès par le jugement qui vous est dénoncé.

» Mais il reste à savoir, et cette dernière partie de la cause n'est pas la moins importante, il reste à savoir si l'aveu que les prévenus ont fait du dépôt dès les premiers pas de la procédure criminelle, n'a pas levé tout obstacle à l'instruction ultérieure de cette procédure; s'il n'a pas rendu inutile le renvoi préalable aux juges civils, de la question relative au fait du dépôt; s'il n'a pas investi les juges criminels du pouvoir de statuer eux-mêmes sur cette question.

» Déjà nous avons vu que la prohibition de la preuve testimoniale est le seul motif de la nécessité où sont les juges criminels, lorsqu'on porte devant eux une plainte en suppression de la chose déposée, de surseoir à toute procédure jusqu'à ce qu'un jugement civil ait prononcé sur le fait du dépôt. Votre arrêt du 12 messidor an 11 s'explique là-dessus très-clairement, et il est véritablement impossible d'assigner une autre cause à ce point de jurisprudence.

» Mais de là il suit que, dans les cas où cesse la prohibition de la preuve testimoniale, dans les cas où cette prohibition devient sans objet, dans ces cas aussi doit cesser l'entrave que cette prohibition met à l'exercice des pouvoirs délégués aux juges criminels ; dans ces cas aussi, par conséquent, doit cesser l'obligation des juges criminels de renvoyer aux tribunaux civils le jugement préalable de la question du dépôt.

» Il n'y a donc pas de renvoi à faire aux tribunaux civils, il n'y a donc pas de sursis

(1) Il existe plusieurs arrêts semblables de la cour de cassation. Le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Dépôt*, §. 1, no 6, et *Usure*, no 4, en retrace trois des 5 décembre 1806, 21 mars 1811 et 2 décembre 1813 ; et le *Journal des Audiences de la cour de cassation*, année 1815, page 369, en rapporte un quatrième du 5 mai 1815.

Digitized by Google

à ordonner de la part des juges criminels, lorsque le plaignant rapporte une preuve par écrit du dépôt, lorsque le prévenu avoue purement et simplement le dépôt, lorsqu'enfin, par l'effet d'une circonstance quelconque, on n'a pas besoin de la preuve testimoniale pour établir le fait du dépôt; et c'est encore une fois, ce qui résulte de la manière dont est motivé votre arrêt du 12 messidor an 11.

» Il n'y a donc pas non plus de renvoi à faire aux juges civils, il n'y a donc pas non plus de sursis à ordonner de la part des juges criminels, dans le cas où il existe un commencement de preuve par écrit du dépôt; car alors la preuve testimoniale est permise pour compléter ce commencement de preuve; et alors par conséquent cesse la cause qui, dans l'hypothèse d'un dépôt nié sèchement et non prouvé par titre, paralyse, ou plutôt suspend, l'action de la justice criminelle (1).

» La cour de justice criminelle de Seine et Marne n'aurait donc pas violé les règles de sa compétence, elle n'aurait donc pas commis d'excès de pouvoir, si elle avait pu, sans contrevenir à aucune loi, donner à l'aveu des prévenus l'effet d'un aveu pur et simple; ou si du moins elle avait pu, sans contrevenir à aucune loi, donner à cet aveu l'effet d'un commencement de preuve par écrit.

» Or, nul doute qu'elle n'ait pu faire l'un et l'autre.

» D'abord, nous avons déjà remarqué que l'art. 1356 du Code civil était la première loi qui eût interdit la division des aveux judiciaires; que cette loi n'était pas encore promulguée au moment où a été rendu l'arrêt attaqué par les demandeurs, encore moins au moment où a commencé la procédure terminée par cet arrêt; et que, si, avant la promulgation de cette loi, le parti de l'indivisibilité des aveux judiciaires avait réuni le grand nombre des auteurs, et avait été embrassé par le plus grand nombre des arrêts, ce ne serait pas une raison pour donner aujourd'hui à cette loi un effet rétroactif, en l'invoquant comme moyen de cassation contre les jugemens qui s'en sont écartés.

» Qu'on dise donc, tant que l'on voudra, que l'arrêt attaqué par les demandeurs, a mal jugé en divisant leur aveu : mal juger n'est pas violer une loi; la cour de cassation n'est pas instituée pour réviser au fond les arrêts des cours de justice; sa seule mission consiste à casser ceux qui contrarient expressément les actes du pouvoir législatif.

» Et d'ailleurs pour juger ainsi, pour diviser ainsi l'aveu des demandeurs, d'après les circonstances particulières de la cause, la cour de justice criminelle ne trouvait-elle pas des autorités suffisantes, même parmi les anciens sectateurs du parti de l'indivisibilité des aveux judiciaires? Ils conviennent tous que l'aveu judiciaire peut être divisé dans deux cas : lorsque, dans une de ses parties, il renferme quelque mensonge; et lorsqu'il existe, contre celui qui l'a fait, des présomptions de mauvaise foi... (1).

» Or, les demandeurs ne s'étaient-ils pas eux-mêmes placés précisément dans ces deux cas? Cités en l'an 8 au bureau de conciliation, pour y représenter la contre-lettre, qu'ont-ils répondu? Que la contre-lettre avait été anéantie par suite de la condition qui en avait accompagné le dépôt? Point du tout. Ils ont nié qu'il eût jamais existé de contre-lettre; ils ont soutenu n'en avoir aucune connaissance, ils ont prétendu ignorer ce que voulait leur dire Potter. Si, aux yeux des demandeurs, ce n'est point là de la mauvaise foi, si les demandeurs croient qu'il leur a été permis d'outrager à ce point la vérité, il faut du moins convenir que la cour de justice criminelle de Seine et Marne a pu en prendre une opinion toute différente; et que, si, en partant de là pour diviser les aveux faits depuis par les demandeurs, elle a mal jugé, elle n'a du moins contrevenu à aucune loi.

» Ce n'est pas tout. Merlin-Hall n'a pas seulement nié l'existence de la contre-lettre devant le bureau de conciliation en l'an 8, il l'a encore niée en comparaissant, pour la première fois, le 12 prairial an 9, devant le magistrat de sûreté.

» *A lui demandé* (porte son premier interrogatoire) *si, par le conseil de tels hommes de loi, il n'a pas été fait* (le 6 ventôse an 7) *un arrangement sous seing-privé servant de contre-lettre à l'acte public, a répondu qu'il n'a point connaissance d'aucun acte de cette nature.*

» *A lui observé qu'il ne paraît pas dire la vérité, puisqu'il est déjà prouvé par l'instruction qui a déjà eu lieu sur la plainte du cit. Potter, que cet acte a existé, qu'il a été fait en deux doubles, dont l'un a été déposé dans les mains du cit. Champagne, et*

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Dépôt*, §. 1, n° 6, et les arrêts de la cour de cassation, des 2 décembre 1813 et 5 mai 1815, qui sont cités à la note précédente.

(1) *V.* l'article *Confession*, §. 2.

Digitized by Google

l'autre dans celles du cit. Fauquez, a répondu qu'il persiste dans sa dénégation.

» Ce n'est pas tout encore. Cinq jours après ce premier interrogatoire, qui avait été suivi d'un mandat de dépôt décerné contre Merlin-Hall, celui-ci a demandé d'être interrogé de nouveau; et cette fois, instruit que tout était découvert, il a enfin avoué, en rétractant sa déclaration précédente, que la contre-lettre avait existé et avait été détruite; mais il a en même temps soutenu qu'elle renfermait, dans son propre texte, une clause par laquelle les dépositaires étaient autorisés à *la brûler dans les cas prévus.*

» Cependant la suite de l'instruction a prouvé que rien de semblable n'avait été écrit dans la contre-lettre, et que seulement le sieur Fauquez, l'un des dépositaires, avait annoté sur l'enveloppe du double qu'on lui en avait remis, qu'elle devait être brûlée dans telle circonstance.

» Voilà donc encore un fait sur lequel Merlin-Hall en a imposé à la justice, et c'était assurément beaucoup plus qu'il n'en fallait pour autoriser la cour de Seine et Marne à diviser son aveu.

» Mais quel a dû être, pour les demandeurs, l'effet de la division des aveux qu'ils avaient faits, ou plutôt, il faut le dire, que la justice leur avait arrachés?

» Devant un tribunal civil, la division de leurs aveux aurait pu entraîner, tout de suite et sans preuve ultérieure, leur condamnation définitive : témoins trois des quatre arrêts du parlement de Paris, que nous citions il n'y a qu'un instant (1).

» Elle aurait pu aussi motiver une admission à la preuve orale du fait qui, dans les aveux des demandeurs, tendait à leur justification; car il n'est point douteux et il ne saurait l'être pour personne, que, par leurs aveux précédés de dénégations mensongères et accompagnés de variations plus ou moins choquantes, les demandeurs n'eussent fourni contre eux-mêmes des présomptions très-fortes et équipollentes à un grave commencement de preuve par écrit.

» Eh bien! Ce n'est pas seulement d'après leurs aveux, ce n'est pas seulement d'après les dénégations qui les avaient précédés, ce n'est pas seulement d'après les variations qui les avaient accompagnés, ce n'est pas seulement d'après l'ensemble de leur conduite, que la cour de justice criminelle les a condamnés; c'est encore d'après une preuve par témoins dont elle a comparé et balancé tous les élémens, d'après une preuve par témoins dont elle a jugé bien ou mal (il n'importe, car nous ne saurions trop le répéter, ce n'est pas du bien ou du mal jugé de l'arrêt attaqué qu'il peut être ici question), dont elle a jugé bien ou mal que le résultat était à l'avantage de Potter.

» La cour de justice criminelle n'a donc fait que ce qu'eût pu faire un tribunal civil. Elle n'a donc ni excédé ses pouvoirs ni violé les dispositions de l'ordonnance de 1667; et par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu, en ce qui concerne le recours de Potter, de le déclarer non-recevable; en ce qui concerne le recours de Merlin-Hall, de Sara Clarck, son épouse, et de Champagne, de le rejeter, et de condamner toutes les parties à l'amende ».

Arrêt du 20 fructidor an 12, au rapport de M. Lachèze, par lequel,

« Attendu que Christophe Potter n'a point consigné l'amende ni justifié de son indigence, la cour le déclare non-recevable dans le pourvoi par lui exercé contre l'arrêt de la cour de justice criminelle de Seine et Marne, du 21 pluviôse dernier, le condamne en ladite amende;

» Statuant sur le pourvoi d'Antoine Merlin-Hall et Sara Clarck, sa femme, et de François-Gratien Champagne;

» Attendu qu'aucune disposition de la loi n'a limité ni circonscrit l'exercice des actions et la recherche des preuves en matière criminelle, lorsque les faits dénoncés présentent le caractère de délits; qu'à la vérité, lorsqu'un délit présuppose une convention antérieure dont la preuve testimoniale n'est pas admise par la loi, il serait inutile et il est par suite défendu de prouver le délit par témoins, tant que la convention n'est pas prouvée par une autre voie légale, parceque le défaut de preuve légale de la convention entraîne nécessairement la conséquence que le délit n'a pas été commis; mais que de là il ne résulte pas que la plainte et les premiers actes de la procédure criminelle relative à un pareil délit, soient nuls; qu'il en résulte seulement que, si le prévenu, dans son premier interrogatoire, dénie la convention présupposée par l'imputation du prétendu délit, et si cette convention n'est pas prouvée par écrit, ou s'il n'en existe pas un commencement de preuve littérale, la procédure criminelle doit être suspendue, jusqu'à ce que les juges civils aient prononcé sur le fait de l'existence préalable de cette même convention; que tel est

(1) Ces arrêts sont rapportés par les auteurs du *Nouveau Denisart*, dans le passage qui en est transcrit à l'article *Confession*, §.

Digitized by Google

le résultat de la combinaison du principe qui admet la preuve par témoins de tout délit, tant avec la disposition de l'art. 2 du tit. 20 de l'ordonnance de 1667 qui défend cette preuve pour toute convention dont l'objet excède 100 francs, qu'avec la disposition de l'art. 3 du même titre qui la permet, lorsqu'il y a commencement de preuve écrite, et avec la règle qui assimile la preuve confessionnelle à la preuve par écrit; que, dans l'espèce particulière où les aveux consignés dans les interrogatoires des prévenus, ont pu être réputés des commencemens de preuves par écrit, et où la cour de justice criminelle a décidé en fait que les dépositaires avaient perdu toute croyance, parcequ'ils avaient commencé par nier l'existence de la contre-lettre, et parcequ'ils n'étaient pas d'accord sur les conditions du dépôt, cette même cour n'a contrevenu à aucune loi et n'a point excédé sa compétence, en discutant, d'après les interrogatoires des accusés, d'après les déclarations des témoins et les autres circonstances du procès, les preuves de l'existence du dépôt et de sa suppression;

» Sur la première partie du second moyen,

» Attendu que les faits déclarés constans par le jugement attaqué, caractérisent le délit prévu par l'art. 12 de la loi du 25 frimaire an 8;

» Sur la seconde partie du même moyen proposé par Merlin-Hall seul,

» Attendu que la disposition de l'art. 1er du tit. 3 du Code pénal relatif aux complices, s'applique avec justesse aux faits declarés par le jugement, et que cette application ne saurait être écartée par la non-condamnation à la peine publique contre l'auteur principal;

» Sur le troisième moyen,

» Attendu que, d'après les clauses de la contre-lettre, il ne paraît pas que le délai de deux ans et trois mois qui y avait été stipulé, fût-il expiré lors de la plainte, dût dépouiller Potter de toute espèce d'intérêt à la représentation de cette contre-lettre

» Sur le quatrième,

» Attendu que, par la disposition qui admet comme minute de la contre-lettre supprimée, un projet présenté par l'un des témoins rédacteurs, et discuté dans les débats, la cour de justice criminelle ne s'est point écartée des dispositions de l'article cité de la loi du 25 frimaire an 8;

» Par ces motifs, la cour rejette le pourvoi... »

Voyez encore, sur cette matière, le plaidoyer des 18 et 19 brumaire an 13, rapporté à l'article *Tribunal d'appel*, §. 5.

§. II. *Peut-on prouver par témoins la suppression d'un testament?*

V. l'article *Testament*, §. 16.

§. III. *La preuve du fait que le légataire universel a soustrait ou supprimé, après la mort du testateur, un testament postérieur à celui qui l'institue, équipolle-t-elle, pour l'héritier* ab intestat, *à une présomption légale que le testament supprimé ou soustrait révoquait le testament représenté?*

V. l'article *Révocation de testament*, §. 6.

§. IV. *Les peines portées par l'art.* 439 *du Code pénal contre* quiconque aura volontairement brûlé ou détruit, d'une manière quelconque, des registres, minutes ou actes originaux de l'autorité publique, des titres, billets, lettres de change, effets de commerce ou de banque, contenant ou opérant obligation, ou décharge, *sont-elles applicables à un débiteur qui a, de mauvaise foi, lacéré et avalé en partie un billet à ordre, au moment où le porteur le lui présentait pour en recevoir le montant, quoique d'ailleurs les fragmens de ce billet aient suffi pour en obtenir le paiement?*

Un jugement rendu en cause d'appel, le 28 septembre 1827, par le tribunal correctionnel de Versailles, avait réformé, comme faisant une fausse application de l'art. 439 du Code pénal, un jugement du tribunal correctionnel de Rambouillet, qui s'était prononcé pour l'affirmative.

Mais sur le recours en cassation du ministère public, arrêt est intervenu, le 3 novembre de la même année, par lequel,

« Vu l'art. 439 du Code pénal,

» Attendu que ce jugement reconnaît, en fait, que la femme Renault a volontairement et de mauvaise foi lacéré un billet à ordre au moment où le porteur le lui présentait pour en obtenir le paiement; qu'elle est même parvenue à en avaler un morceau; que cependant elle a été déchargée des condamnations prononcées contre elle en première instance, sous prétexte que la *lacération* d'un titre n'en opérait point la *destruction*, et que, dans l'espèce, les fragmens qui restaient du billet à ordre, avaient suffi pour obtenir le paiement de la somme qui y était portée;

» Attendu que l'art. 439 du Code pénal établit des peines contre ceux qui détruisent volontairement *d'une manière quelconque*, des titres, billets, etc.; que la destruction, dont parle cet article, ne doit pas s'entendre

Digitized by Google

uniquement d'une destruction purement matérielle qui anéantit le titre et le fait disparaître, qu'elle doit s'entendre également de toute action qui consisterait à mettre un titre dans un état tel qu'il ne puisse plus conserver les effets qu'il était destiné à produire; que tel était, sous ce rapport, le résultat de la voie de fait commise par la femme Renault, puisque le billet dont il s'agit, étant lacéré, ne formait plus un titre entre les mains du créancier; que cette lacération était une preuve du paiement et que les fragmens du billet ne servaient plus au créancier que de commencement de preuve par écrit pour être admis à prouver que le titre n'avait été mis en cet état que par la violence et la mauvaise foi de la femme du débiteur et que l'obligation continuait à subsister; que, sous ce premier rapport, le jugement attaqué a méconnu le véritable sens de l'art. 439 du Code pénal et violé ses dispositions;

» Qu'il ne l'a pas moins violé sous le rapport de la destruction *matérielle* du titre dont il s'agit, parcequ'il n'est pas permis de méconnaître qu'un titre est matériellement détruit par le fait de sa lacération; ce qui était d'autant plus évident, dans l'espèce, qu'une partie essentielle de ce billet avait disparu par le fait de la prévenue qui était parvenue à l'avaler;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle le jugement du tribunal d'appels correctionnels de Versailles, en date du 28 septembre dernier (1) ».

SURCHARGE. §. I. 1° *Un testament olographe est-il nul, par cela seul qu'il s'y trouve des mots surchargés?*

2° *Un testament olographe est-il nul, lorsque le mot qui désigne la date du jour où il a été écrit, se trouve surchargé de manière qu'il est impossible de décider si c'est, par exemple, le* SIX *ou le* DIX *de tel mois que le testateur a disposé?*

V. le plaidoyer et l'arrêt du 11 juin 1810, rapportés à l'article *Testament*, §. 16.

§. II. *Lorsque, dans un acte notarié, il se trouve plusieurs Surcharges non approuvées, le notaire encourt-il autant d'amendes de 50 francs, qu'il y a de Surcharges dans cet acte; ou ne doit-il, pour toutes, qu'une seule amende de 50 francs?*

V. l'article *Notaire*, §. 8.

(1) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 32, page 871.

SURENCHÈRE. §. I. 1° *Les créanciers d'un vendeur avaient-ils, sous l'empire de l'édit du mois de juin 1771, le droit de surenchérir jusqu'au sceau des lettres de ratification, et après les deux mois de l'exposition publique du contrat de vente?*

2° *Le contrat de vente qui, avant la loi du 11 brumaire an 7, avait été exposé pendant deux mois, peut-il encore être surenchéri après la transcription qui en a été faite conformément à cette loi?*

V. l'article *Lettres de ratification*, §. 4.

§. II *Quel est, par rapport à la régie de l'enregistrement, l'effet d'une Surenchère qui suit une vente dont cette administration prétend que le prix n'a pas été porté par le contrat à sa valeur?*

Un arrêt de la cour de cassation du 3 mai 1809, rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Surenchère*, n° 8, a jugé que la Surenchère ne forme pas obstacle à l'expertise que la loi du 22 frimaire an 7 autorise la régie à provoquer toutes les fois qu'elle estime que le prix énoncé dans le contrat, est au-dessous de la valeur réelle du bien vendu.

C'est ce qu'a encore jugé un autre arrêt de la même cour, du 27 juin de la même année, dont le *Bulletin civil* nous retrace ainsi l'espèce et le prononcé:

« Le sieur Hensé et sa femme avaient vendu, par un acte notarié du 28 mai 1807, une maison aux sieurs Jean-Baptiste et Pierre-Julien Barsd, au prix de 48,772 francs.

» Ce prix ayant paru inférieur à la vraie valeur vénale, la régie se pourvut au tribunal de Paris, pour qu'il fût procédé à l'expertise, en conformité de l'art. 17 de la loi du 22 frimaire an 7.

» Mais le tribunal, par jugement du 15 juin 1808, ordonna qu'il serait sursis à la demande en expertise, attendu qu'il y avait eu Surenchère, et qu'une Surenchère était le véritable moyen de constater judiciairement la vraie valeur vénale d'un immeuble, sans qu'il fût besoin en l'état de procéder à une estimation par experts à l'égard des sieurs Barsd, dont l'acquisition était encore incertaine et éventuelle pour eux.

» Sur quoi, ouï le rapport de M. Botton-Castellamonte, et les conclusions de M. Giraud, substitut du procureur-général;

» Vu les art. 17, 18 et 59 de la loi du 22 frimaire an 7;

» Et attendu qu'il résulte des dispositions et de la combinaison de ces articles, que l'expertise est le moyen spécial indiqué par la

Digitized by Google

loi pour connaître la vraie valeur d'un immeuble vendu;

» Que cette expertise doit être ordonnée dans les dix jours de la demande;

» Que tout ce qui tend à suspendre la perception du droit, est interdit généralement et dans tous les cas;

» Et que le droit d'enregistrement a été ouvert et est devenu exigible au moment de l'acquisition, quels qu'aient été les événemens survenus depuis, sauf au premier acquéreur, en cas d'éviction par suite d'une Surenchère, d'exercer son recours contre celui qui deviendrait propriétaire en son lieu et place;

» D'où il suit que le jugement dénoncé, en prononçant un sursis sous le prétexte d'une Surenchère, a violé les art. 17, 18 et 59 de la loi précitée;

» La cour casse et annulle le jugement rendu par le tribunal de Paris, le 15 janvier 1808....».

SURVEILLANCE. *V.* l'article *Hiérarchie judiciaire.*

SUSPENSION D'UN FONCTIONNAIRE PUBLIC. *La règle* non bis in idem *s'oppose-t-elle à ce qu'un juge, après avoir été condamné à une peine correctionnelle, soit suspendu de ses fonctions pour cause du même fait?*

Cette question, déjà jugée pour la négative par un arrêt de la cour de cassation, du 8 décembre 1809, rapporté aux mots *Non bis in idem*, l'a encore été de même par un autre arrêt de la même cour, plus récent et ainsi conçu:

« Le procureur général expose qu'il est chargé par le gouvernement de requérir, contre un juge de paix, l'exercice du pouvoir censorial dont la cour est investie par l'art. 82 du sénatus consulte du 16 thermidor an 10.

» Par jugement du 26 juillet 1809, le tribunal correctionnel de l'arrondissement de Limoux a déclaré Jean-Nicolas-Aimé P..., juge de paix du canton de Couiza, et Arnaud Artiques *coupables d'avoir, dans le mois de mars* 1805, *par dol et à l'aide d'un crédit imaginaire, escroqué une somme de* 1,200 *francs à Marie Baruteau, veuve Rougé, par l'espérance chimérique qu'avec cette somme, ils procureraient un congé à Louis Rougé, fils de ladite Baruteau, conscrit de l'an* 13; et en conséquence les a condamnés chacun à une amende de 1,200 francs et à un emprisonnement de trois mois.

» Le sieur P.... a appelé de ce jugement; mais, par arrêt du 26 août de la même anné e *considérant qu'il résulte de la procédure, qu'il s'était rendu coupable d'escroquerie en matière de conscription,* la cour de justice criminelle du département de l'Aude *l'a démis de son appel.*

» Il a cru être plus heureux en s'adressant à la cour: vaine tentative; sa demande en cassation a été rejetée le 16 décembre 1809.

» Le sieur P.... a donc dû subir les peines prononcées contre lui; et sans doute, dans ce moment, il les a subies en effet.

» Mais si, d'après cela, il a repris ses fonctions de juge de paix, s'ensuit-il qu'il doive les continuer, et par là, déconsidérer et avilir de plus en plus une magistrature qui est spécialement instituée pour commander par l'exemple, pour être l'organe de la candeur et de la bonne foi?

» Non. L'art. 82 du sénatusconsulte du 16 thermidor an 10, offre un moyen d'arrêter ce scandale: il autorise la cour à suspendre *les juges de leurs fonctions, pour cause grave;* et sans doute, c'est ici, ou ce ne sera jamais, le cas d'appliquer cette mesure salutaire. Déjà, d'ailleurs, dans un cas semblable, la cour l'a appliquée, par arrêt du 8 décembre 1809, à un juge de paix du département de la Creuse.

» Ce considéré, il plaise à la cour, vu le jugement du tribunal correctionnel de Limoux, du 26 juillet 1809, l'arrêt de la cour de justice criminelle du département de l'Aude, du 26 août suivant, et l'art. 82 du sénatusconsulte du 16 thermidor an 10,, ordonner que Jean-Nicolas-Aimé P... demeurera suspendu des fonctions de juge de paix du canton de Couiza, et que l'arrêt à intervenir lui sera signifié à la diligence de l'exposant.

» Pour justifier du contenu au présent réquisitoire, l'exposant y joint les jugement et arrêts cités, ainsi que toutes les pièces de la procédure, sur laquelle ils sont intervenus.

» Fait au parquet le 9 juillet 1810. *Signé* Merlin.

» Ouï le rapport de M. Zangiacomi, conseiller, et les conclusions de M. le procureur général;

» Vu le jugement rendu par le tribunal de police correctionnelle de Limoux, le 26 juillet 1809, l'arrêt de la cour de justice criminelle du département de l'Aude en date du 26 août suivant, et l'arrêt de la cour de cassation du 19 décembre même année;

» Vu l'art. 82 du senatusconsulte du 16 thermidor an 10, portant: *La cour de cassation présidée par le grand-juge, a droit de censure et de discipline sur les tribunaux d'appel et les tribunaux criminels. Elle peut, pour cause grave, suspendre les juges de leurs*

Digitized by Google

fonctions, les mander près le grand-juge pour rendre compte de leur conduite ;

» Considérant que cette disposition est évidemment applicable au juge de paix P....., convaincu, par arrêt, d'escroquerie, condamné à une amende de 1,200 francs et à un emprisonnement de trois mois ;

» La cour, faisant droit sur le réquisitoire du procureur général, suspend P... de ses fonctions de juge de paix du canton de Couiza ; ordonne que le présent arrêt lui sera signifié à la diligence du procureur général.

» Jugé et prononcé à l'audience publique de la cour de cassation, sections réunies, sous la présidence de S. E. le grand-juge ministre de la justice, le vendredi 27 juillet 1810 ».

SUSPICION LÉGITIME. §. I. *Quelles sont les bases sur lesquelles doit porter une demande en renvoi d'un tribunal à un autre pour cause de Suspicion légitime?*

Cette question, déjà traitée à l'article *Récusation*, §. 3, s'est représentée, le 16 août 1810, à l'audience de la section des requêtes de la cour de cassation.

« Le procureur général de la cour de justice criminelle du département de la Haute-Vienne (ai-je dit à cette audience), demande qu'une procédure en banqueroute frauduleuse, commencée par son substitut, magistrat de sûreté dans l'arrondissement de Limoges, contre un négociant de la ville de Limoges même, soit renvoyée, pour cause de Suspicion légitime, devant un autre directeur du jury, et en cas d'accusation admise, devant une autre cour de justice criminelle.

» Et il expose que les fauteurs et complices du prévenu de cette banqueroute frauduleuse, sont nombreux et actifs ; qu'ils ont, et qu'il a, comme eux, beaucoup d'amis et de parens dans la ville de Limoges ; que, dès-là, il est à craindre que, si cette affaire se juge sur les lieux, le vœu de la justice ne soit trompé, et que des jurés prévenus ou séduits par la fausse direction qu'il est si facile, dans une ville toute commerçante, de donner, sur cette matière, à l'opinion publique, ne déclarent innocent un homme dont la justice réclame hautement la punition.

» Que faut-il de plus, Messieurs, pour vous déterminer à ordonner le renvoi que vous demande ce magistrat?

» Vous ne le savez que trop : quelque important qu'il soit pour l'ordre public, que les banqueroutes frauduleuses soient constatées et sévèrement punies, il est extrêmement difficile de les atteindre ; et une funeste expérience nous apprend tous les jours que les créanciers eux-mêmes à qui ces crimes portent le plus grand préjudice, sont les premiers, les uns par faiblesse, les autres par la crainte d'être eux-mêmes poursuivis à leur tour lorsque seront consommées les banqueroutes qu'ils méditent pour leur propre compte, à provoquer l'impunité des coupables auteurs de leur ruine.

» Il n'est qu'un moyen de parer à ces abus, et faire cesser un fléau qui détruit toute espèce de crédit et tue le commerce : c'est d'user, pour peu que les circonstances s'y prêtent, du pouvoir que vous attribue l'art. 65 de l'acte constitutionnel du 22 frimaire an 8.

» Nous estimons en conséquence, qu'il y a lieu de prononcer le renvoi requis par le procureur général de la Haute-Vienne ».

Par arrêt du 16 août 1810, au rapport de M. Botton, la cour, statuant tant sur la demande du procureur général de la Haute-Vienne que sur l'intervention du prévenu, *attendu les circonstances particulières de l'affaire dont il s'agit*, a renvoyé le prévenu et la procédure devant le directeur du jury de Poitiers, et en cas d'accusation admise, devant la cour de justice criminelle du département de la Vienne.

§. II. *Y a-t-il lieu à renvoi pour cause de Suspicion légitime, lorsque tous les membres d'un tribunal ont été injuriés par l'une des parties ? La partie qui les a injuriés, peut-elle, sous ce prétexte, les récuser comme s'ils l'avaient injuriée elle-même ?*

« Le procureur général expose que, dans une affaire correctionnelle pendante au tribunal de première instance de Pistoie, département de l'Arno, le cours de la justice est suspendu par une récusation qui est dirigée contre tous les membres de ce tribunal, et sur laquelle par conséquent il n'appartient qu'à la cour de cassation de prononcer.

» Le 15 juin dernier, un mandat de dépôt a été décerné par le juge d'instruction du tribunal de première instance de Pistoie, contre Ernesto Spampani, prévenu de divers faits d'escroquerie.

» Le 22 du même mois, Ernesto Spampani a présenté aux président et juges du même tribunal, une requête par laquelle il a déclaré les récuser tous, sur le fondement que, parmi les papiers saisis dans son domicile, à la suite de son arrestation, il se trouvait *des rapports et notes sur les qualités* de ces magistrats et du procureur impérial ; qu'ainsi injuriés et

Digitized by Google

compromis par son fait, ils ne peuvent pas conserver à son égard, l'impartialité qu'il avait droit d'attendre d'eux; et que, dès-là, ils ne peuvent pas demeurer ses juges.

» Le 19 juillet suivant, le tribunal, après avoir entendu le ministère public, a rendu un jugement par lequel,

» *Vu les pièces du procès instruit contre Ernesto Spampani, lesquelles, pour autant qu'elles contiennent des médisances contre presque tous les anciens employés tant civils qu'ecclésiastiques de la Toscane, et pour autant qu'elles sont dirigées contre quelques individus de ce tribunal, et généralement contre icelui, peuvent servir à dénoter la mauvaise humeur que Ernesto Spampani avait contre les fonctionnaires publics ci-dessus désignés; mais ne valent pas pour mettre en évidence et existence la partialité ou passibilité que Ernesto Spampani suppose que le tribunal puisse avoir contre lui;*

» *Les membres qui le composent, conjointement avec le procureur impérial, n'ayant aucun intérêt particulier de s'occuper de la présente cause, reconnaissent aussi que les raisons déduites par Ernesto Spampani, sont insuffisantes pour produire dans leur esprit aucune passibilité;*

» *Et individuellement ils déclarent que, dans aucun temps ni en aucune circonstance, ils ne se sont laissés influencer par des causes étrangères aux affaires qu'ils ont traitées, et qu'ils ne trouvent rien dans lesdites pièces qui ait pu les engager à s'éloigner des principes d'honnêteté et de justice qui ont toujours dicté leurs résolutions; et qu'ils n'y ont consulté et ne consultent que les lois, les maximes qui y sont analogues et leur conscience;*

» *Considérant que la déclaration de Ernesto Spampani contient la récusation de ce tribunal, récusation dont pourtant il n'a pu connaître le sujet;*

» *Vu l'art.* 65 *de l'acte constitutionnel du* 22 *frimaire an* 8, *et l'art.* 148 *de la déclaration de la junte, du* 19 *août* 1808, *insérée au Bulletin de Toscane, n°* 32;

» *Le tribunal de police correctionnelle de l'arrondissement de Pistoie, réuni en la chambre du conseil, faisant droit au réquisitoire de M. le procureur impérial, ordonne qu'à sa diligence, soient transmises à la cour de cassation les pièces du procès concernant Ernesto Spampani, pour être par elle pourvu ce que de raison.*

» Les choses en cet état, il s'agit de savoir si des injures écrites par Ernesto Spampani contre les membres du tribunal de première instance de Pistoie, peuvent autoriser ce particulier à récuser tous ces magistrats, et à requérir, sur ce fondement, le renvoi de l'affaire instruite contre lui à un autre tribunal.

» L'art. 378 du Code du procédure détermine les cas où un juge peut être récusé; et parmi ces cas se trouve celui où il y a eu, de la part du récusant, *aggressions, injures ou menaces verbalement ou par écrit, depuis l'instance ou dans les six mois précédant la récusation proposée.*

» Mais, de ce que les juges du tribunal de première instance de Pistoie pourraient être récusés par Ernesto Spampani, dans le cas où ils l'auraient attaqué, injurié ou menacé, s'ensuit-il qu'ils peuvent également l'être sous le prétexte qu'Ernesto Spampani les a injuriés eux-mêmes? Non, sans doute, et bien loin de là. En indiquant comme causes légitimes de récusation, les injures qu'un juge se permet contre la partie, la loi fait entendre assez clairement qu'il n'en est pas de même des injures que la partie se permet contre un juge: *qui de uno dicit, de altero negat.*

» Il n'est qu'un cas où un juge injurié par la partie, serait récusable de ce chef: c'est celui où les injures proférées ou écrites contre le juge, auraient amené une inimitié capitale entre lui et l'auteur de ces injures; car l'inimitié capitale est mise, par l'article cité du Code de procédure, au nombre des causes de récusation. Mais dans l'espèce dont il s'agit, les membres du tribunal de Pistoie déclarent eux-mêmes qu'ils n'ont conservé contre Ernesto Spampani aucun ressentiment des injures qu'il s'est permises contre eux; et assurément leur déclaration doit suffire pour lever tous les doutes.

» Ce considéré, il plaise à la cour, vu l'art. 65 de l'acte constitutionnel du 22 frimaire an 8, et l'art. 378 du Code de procédure, déclarer la récusation proposée par Ernesto Spampani contre tous les magistrats composant le tribunal de première instance de Pistoie, impertinente et inadmissible; en conséquence, ordonner que, sur les faits d'escroquerie à lui imputés par le mandat de dépôt du 15 juin dernier, circonstances et dépendances, Ernesto Spampani sera tenu de procéder devant ledit tribunal, suivant les derniers errements.

» Pour justifier du contenu au présent réquisitoire, l'exposant y joint toutes les pièces de la procédure dont il s'agit, avec la lettre par laquelle le grand-juge ministre de la justice, les lui a transmises.

» Fait au parquet, le 17 août 1810. *Signé* Merlin.

» Ouï le rapport de M. Charles Minier, en-

Digitized by Google

semble M. le procureur général de la cour qui a déclaré persister dans son réquisitoire ;

» Attendu que les motifs proposés par Ernesto Spampani pour obtenir son renvoi du tribunal de première instance de Pistoie, département de l'Arno, à un autre tribunal, ne sont pas mis par la loi au nombre de ceux qui peuvent légitimer une demande en récusation ;

» La cour déclare la récusation proposée par Ernesto Spampani contre tous les magistrats composant le tribunal de première instance de Pistoie, impertinente et inadmissible; ordonne en conséquence que, sur les faits d'escroquerie à lui imputés par le mandat de dépôt du 15 juin dernier, circonstances et dépendances, Ernesto Spampani sera tenu de procéder devant ledit tribunal suivant les derniers erremens.

» Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique de la cour de cassation, section des requêtes, le jeudi 23 août 1810 ».

§. III. 1° *Le Code de procédure civile, en ne parlant* du renvoi à un autre tribunal *que* pour parenté ou alliance, *déroge-t-il aux lois antérieures qui, en matière civile, investissent la cour de cassation du pouvoir de renvoyer d'une cour royale à une autre, pour cause de Suspicion légitime ?*

2° *Y a-t-il Suspicion légitime contre une cour royale saisie de l'appel d'un jugement émané d'un tribunal de première instance de son ressort, par cela seul qu'elle a précédemment rendu, à l'occasion de la même affaire, un ou plusieurs arrêts qui en préjugent le fond?*

Ces deux questions se sont présentées devant la section des requêtes de la cour de cassation, incidemment à l'affaire dont j'ai rendu compte sous les mots *Révocation de donation*, §. 1, et *Réserve* (*Droit de*), §. 3 ; et elles ont été jugées toutes deux pour la négative, par un arrêt contradictoire, du 21 mai 1822, qui est ainsi conçu :

« La cour de cassation a rendu l'arrêt suivant, entre la dame Marie-Charlotte Crossard, veuve du sieur Louis-Paschal Girault, propriétaire, demeurante à Paris, demanderesse, aux fins de la requête en renvoi insérée en l'arrêt de la cour, du 12 juin dernier, d'une part; la dame Marie-Anne Guignard, épouse du sieur Pierre Delorme, avocat, demeurante à Poitiers; et la dame Catherine-Louise Guignard, épouse du sieur Augustin-Jean Laurendeau, juge de paix du canton de Vouneuil-sur-Vienne; et lesdits sieurs Delorme et Laurendeau pour la validité de la procédure, d'autre part.

» La dame Girault demandait d'autres juges, parceque la Cour royale de Poitiers qui, dans la même affaire, a déjà rendu deux arrêts, se trouvait, selon elle, appelée à statuer une troisième fois sur les mêmes intérêts, et à résoudre une question qu'elle avait préjugée.

» Les précédens arrêts ont été rendus dans les circonstances suivantes :

» Louis-Paschal Girault avait d'abord épousé la demoiselle Venassier.

» Devenu veuf sans enfans, il se remaria le 15 prairial an 2 à l'âge de soixante-douze ans, avec Marie-Catherine Prévost, veuve Guignard, âgée de cinquante ans; et par le contrat qui précéda le mariage, il donna à sa future épouse, *en faveur et contemplation du dit mariage*, par donation entre-vifs et irrévocable, en pleine propriété, tout ce que les lois nouvelles l'autorisaient à lui donner, s'en réservant seulement l'usufruit sa vie durant.

» Marie-Catherine Prévost mourut en messidor an 5: elle ne laissa que deux filles qu'elle avait eues d'un premier lit.

» Louis-Paschal Girault, pendant son deuxième mariage, recueillit une succession.

» Parvenu à l'âge de soixante-dix-neuf ans, il contracta, en pluviose an 9, un troisième mariage avec Marie-Charlotte Crossard.

» Il mourut au commencement de messidor de la même année, laissant son épouse enceinte.

» Celle-ci accoucha, le 8 nivôse an 10, d'un enfant mâle qui mourut le 19 du même mois.

» Devenue par là héritière de son fils, et par conséquent de Louis-Paschal Girault, qui d'ailleurs lui avait légué par son testament tous ses biens de libre disposition, Marie-Charlotte Crossard a formé contre les dames Delorme et Laurendeau, filles du premier mariage de Marie-Catherine Prévost, une demande tendant à faire déclarer que la donation portée au contrat de mariage du 15 prairial an 2 avait été révoquée par la naissance du posthume qu'elle avait mis au monde le 8 nivôse an 10.

» Le tribunal de Montmorillon, par jugement du 13 messidor an 10, jugea qu'en effet la donation était révoquée, et adjugea en conséquence à la veuve Girault ses conclusions.

» Les motifs de ce jugement étaient que l'ordonnance de 1731, art. 39, avait consacré le principe de la révocation des donations entre-vifs, pour cause de survenance

Digitized by Google

d'enfans; et que, si les donations entre époux par contrat de mariage étaient exceptées du principe de la révocation, cette exception devait se borner aux enfans nés du mariage même en faveur duquel la donation avait eu lieu; mais que les donations, même entre époux, étaient, aux termes de cette loi, révocables par survenance d'enfans d'un mariage subséquent; que la législation nouvelle se trouvait d'accord sur ce point avec l'ordonnance de 1731, puisque la loi du 17 nivôse an 2 réduisait à un simple usufruit de moitié les donations entre époux ayant des enfans.

» Sur l'appel des sieur et dame Laurendeau, la cour royale de Poitiers, par arrêt du 25 nivôse an 11, décida, au contraire, que la donation n'était pas révoquée, attendu que l'ordonnance de 1731 avait été abrogée par la loi du 17 nivôse an 2; que cette loi consacrait, en faveur du mariage, le système le plus étendu de libéralité entre époux, et n'admettait de réduction que pour le cas de survenance d'enfans de leur union, ou de préexistence d'enfans d'un précédent mariage du donateur; qu'elle ne parlait, en aucune manière, du cas où il lui surviendrait des enfans d'un mariage subséquent.

» La veuve Girault s'étant pourvue en cassation contre cet arrêt, sa demande fut rejetée le 29 messidor an 11,

» *Attendu que l'art.* 61 *de la loi du* 17 *nivôse an* 2 *n'avait point abrogé l'art.* 39 *de l'ordonnance de* 1731, *puisque cette loi ne traite pas de la révocation des donations par survenance d'enfans;*

» *Attendu en même temps que cet art.* 39 *de l'ordonnance de* 1731 *ne permet pas de révoquer les donations faites entre époux, même pour survenance d'enfant; et qu'enfin les art.* 13 *et* 14 *de la loi du* 17 *nivôse an* 2 *ne réduisaient la donation faite entre époux, qu'en faveur des enfans de leur union ou d'un précédent mariage du donateur; qu'ainsi, l'arrêt attaqué n'avait violé aucune loi.*

» Cet arrêt fut exécuté relativement à certains objets de la succession du feu sieur Girault, tels que l'évacuation de deux maisons, et la remise de quelques meubles et effets par la dame Girault; mais les parties furent divisées sur plusieurs chefs sur lesquels elles étaient déjà en instance, et elles étaient sur le point d'y entrer encore au sujet de la conversion d'une rente perpétuelle de *cent livres* due par un sieur Riche, et comprise dans ladite donation, en une rente viagère sur la tête du feu sieur Girault.

» Désirant faire cesser et prévenir ces contestations, les parties passèrent une transaction le 12 floréal an 12; et, après avoir traité sur le tout, elles terminèrent leur accord par une clause portant *que lesdites contestations demeureraient éteintes et terminées sans autres répétitions de part et d'autre.*

» Les choses étaient en cet état, et plus de quinze années s'étaient écoulées, lorsqu'au mois de février 1818, la dame veuve Girault a formé demande contre les sieur et dame Delorme devant le tribunal civil de Poitiers, tendant à ce qu'attendu la réserve légale à laquelle elle avait droit comme héritière de son fils, qui était lui-même héritier du sieur Girault, son père, laquelle réserve était des trois quarts des biens de ce dernier, aux termes de l'article premier de la loi du 4 germinal an 8, il fût ordonné qu'il serait fait une masse tant des biens compris dans la donation du 15 prairial an 2, que de ceux échus postérieurement audit sieur Girault, pour les trois quarts en être remis à la veuve Girault, en sadite qualité, auquel effet estimation serait faite desdits biens.

» Par suite des abstentions des juges du tribunal de Poitiers, la connaissance de l'affaire fut renvoyée au tribunal de Loudun, où les sieur et dame Delorme et Laurendeau ont prétendu que la demande de la dame Girault était inadmissible, parcequ'elle avait été jugée et rejetée par l'arrêt du 25 nivôse an 11, et encore parceque la donation avait été exécutée par la délivrance volontaire d'une partie des biens donnés, et ratifiée par la transaction du 12 floréal an 12.

» Mais par jugement du 12 mars 1819, le tribunal de Loudun rejeta la fin de non-recevoir, et ordonna que les parties plaideraient au fond.

» Sur l'appel, au contraire, par arrêt du 24 septembre suivant, la cour royale de Poitiers décida que la question de légitime avait été jugée par l'arrêt du 25 nivôse an 11, et admit en conséquence les fins de non-recevoir rejetées par le jugement de première instance.

» Les motifs de cet arrêt étaient fondés en partie sur ce que, dans l'instance en réduction, comme dans celle en révocation, les parties plaidaient sur des biens compris dans la donation; qu'en première instance, le commissaire du gouvernement avait manifesté son opinion sur la réduction, et que, devant la cour royale de Poitiers, en s'expliquant sur la révocation, la veuve Girault s'était exprimée de manière à susciter la question de réduction; que la cour royale de Poitiers ne s'était pas bornée à discuter la révocation; qu'elle avait en

Digitized by Google

outre examiné dans quel cas il devait y avoir réduction en faveur des enfans du donateur, ce qui était rechercher si la donation était passible d'un retranchement quelconque au profit de l'enfant Girault; et, après avoir reconnu que les cas de réduction prévus par la loi étaient autres que celui où se trouvaient les parties, elle en avait conclu que le donateur étant décédé sans enfans de son mariage avec la donataire, ou d'un mariage précédent, tout était consommé au décès de celui-là; qu'ainsi, la question de réduction avait été implicitement et virtuellement jugée par l'arrêt du 25 nivôse an 11; qu'enfin, la cour de cassation avait pensé de même en rejetant le recours intenté contre cet arrêt.

» La cour royale de Poitiers avait néanmoins ajouté qu'après l'arrêt du 25 nivôse an 11, la veuve Girault s'étant dessaisie d'une partie des biens compris dans la donation, et qu'après l'arrêt qui avait rejeté sa demande en cassation, elle avait complété l'exécution de la donation et des condamnations prononcées contre elle, sans réserves ni protestations; ce qui emportait de sa part une renonciation volontaire à tous moyens et exceptions contre cette donation; que d'ailleurs par la transaction du 12 floréal an 12, elle avait confirmé la donation en transigeant sur les contestations qui s'étaient élevées, et qui étaient prêtes à s'élever sur son exécution, et en stipulant que ces contestations demeureraient éteintes et terminées sans répétition de part ni d'autre.

» L'arrêt dont on vient de rapporter les principaux motifs, fut annulé par arrêt de la cour, en date du 5 juin 1821, qui renvoie la cause et les parties devant la cour royale de Bourges, en état d'appel du jugement du tribunal de Loudun, du 12 mars 1816.

» Le 11 décembre suivant, cette dernière cour rejeta elle-même les fins de non-recevoir proposées par les héritiers Guignard, ordonna l'exécution du jugement du tribunal de première instance de Loudun, et renvoya les parties devant ce tribunal pour leur être fait droit.

» Le 10 avril dernier, le tribunal de Loudun, statuant sur le fond de la demande formée par la veuve Girault, a décidé qu'en qualité d'héritière de son fils, elle était fondée à réclamer sur les biens du feu sieur Girault la réserve légale ou légitime qu'il a fixée aux trois quarts de ces biens.

» Enfin, les héritiers Guignard se sont rendus appelans de ce dernier jugement; et comme le tribunal de Loudun est placé dans le ressort de la cour royale de Poitiers, cette cour s'en est encore trouvée saisie.

» Dans ces circonstances, la dame veuve Girault a cru pouvoir demander le renvoi de l'affaire devant une autre cour, pour cause de Suspicion légitime, comme ayant été reconnu, par ses adversaires eux-mêmes, dans l'instance en cassation jugée le 5 juin 1821, que la réduction pour la réserve avait été jugée par l'arrêt de la cour royale de Poitiers, du 25 nivôse an 11; que, lors de cet arrêt, l'on ne s'était pas borné à l'examen de la question de révocation de la donation pour survenance d'enfans, que l'on avait encore examiné les cas dans lesquels la donation pouvait être passible de restriction au profit de l'enfant Girault: ce qui était rechercher si la donation était susceptible de retranchement pour la réserve; qu'après avoir reconnu que la donation n'était dans aucun de ces cas, l'arrêt du 25 nivôse an 11 en avait ordonné l'exécution de la manière la plus indéfinie; que c'était bien là avoir jugé la réduction, et que, par là, la cour royale de Poitiers avait épuisé sa juridiction, et s'était placée dans la disposition de l'art. 378, n° 8, du Code de procédure civile, relatif au juge qui a précédemment connu de l'affaire comme juge ou comme arbitre.

» Les héritiers Guignard, au contraire, ont prétendu que le renvoi pour cause de suspicion, dite légitime, ne pouvait avoir lieu qu'en matière criminelle, conformément aux art. 542 et 543 du Code d'instruction criminelle; et qu'il n'était point admissible en matière civile, parceque le Code de procédure civile n'avait autorisé le renvoi que pour conflit, parenté ou alliance, et pour les causes de récusation qui y sont spécifiées.

» Et ils ont ajouté d'ailleurs que les motifs de suspicion étaient par eux-mêmes mal fondés et inadmissibles, parceque, sur huit juges qui avaient participé à l'arrêt de l'an 11, deux seulement étaient encore membres de la cour royale de Poitiers, laquelle est composée de plus de trente magistrats; qu'enfin, l'arrêt de l'an 11 ne contenait pas un mot sur la réduction de la donation, et que, s'il était possible qu'elle eût été traitée accessoirement, c'était une vérité judiciaire, entre les parties, que ni cet arrêt ni celui de 1819 n'avaient rien décidé sur ce point, et que la question était encore entière.

» Sur quoi, ouï le rapport fait par M. Dunoyer, conseiller, les observations de Flacon-Rochelle, avocat de la veuve Girault, celles d'Isambert, avocat des héritiers Guignard, et M. Cahier, avocat-général, en ses conclusions, et après en avoir délibéré;

Digitized by Google

» En ce qui touche la fin de non recevoir proposée par les héritiers Guignard,

» Attendu que le pouvoir de statuer sur les demandes en renvoi d'un tribunal à un autre, lorsqu'ils ne ressortissent pas à la même cour d'appel, et d'une cour d'appel à une autre pour cause de Suspicion légitime, conféré à la cour par l'art. 2 de la loi du 1er décembre 1790, par l'art. 65 de l'acte dit constitutionnel du 22 frimaire an 8, et par l'art. 99 de la loi du 27 ventôse suivant, n'a été révoqué par aucune loi postérieure, et que l'art. 68 de la Charte a même maintenu les lois existantes,

» La cour rejette ladite fin de non-recevoir.

» Et cependant, en ce qui concerne la demande en renvoi formée par la veuve Girault,

» Attendu que les moyens sur lesquels elle est fondée, ne sont pas suffisans pour justifier la suspicion par elle alléguée;

» La cour rejette ladite demande, et condamne la veuve Girault aux dépens... ».

SYNDICS DE FAILLITE. §. I. *Les Syndics d'une faillite qui, au nom et dans l'intérêt des créanciers unis, ont contracté des engagemens commerciaux, peuvent-ils être condamnés par corps à les exécuter, et quel est, contre eux personnellement, l'effet d'une pareille condamnation?*

Rien ne pourrait justifier une pareille condamnation, si elle était exécutoire contre les syndics personnellement; mais comment le serait-elle? Il en est des Syndics d'une faillite, comme des tuteurs, des curateurs, et en général de tous les fondés de pouvoir: condamnés en leur qualité, ils ne le sont pas pour cela en leur nom; et c'est ce qu'a jugé positivement, en 1785, un arrêt du parlement de Paris, que je rapporte à l'article *Direction de créanciers*, §. 2.

Ainsi, nul obstacle à ce qu'une condamnation par corps soit prononcée contre les syndics, sauf au créancier qui l'obtient, à la faire valoir contre chacun des créanciers unis.

De là, l'arrêt que la cour de cassation a rendu dans l'espèce suivante:

En 1808, faillite du sieur Aubry, propriétaire de la faïencerie de Bellevue. Ses créanciers s'unissent, passent avec lui un concordat par lequel ils lui laissent l'administration de sa fabrique, sous la surveillance des sieurs Marmod, Widils et Monnier, leurs syndics, et s'obligent personnellement par un article du même acte à l'exécution de tous les engagemens qu'il contractera du consentement de ceux-ci.

Plusieurs années après, le sieur Aubry éprouve de nouveaux revers, par suite desquels il fait à ses créanciers un abandon général de ses biens.

En 1817, le sieur Mathelin, porteur d'une lettre de change de 3,000 francs, souscrite par le sieur Aubry, pendant son administration, et du consentement des trois syndics, en poursuit le paiement contre ces derniers.

Le 9 juillet de la même année, jugement qui condamne purement et simplement les syndics à payer la lettre de change.

Appel de la part du sieur Mathelin, à la cour royale de Metz, en ce que la contrainte par corps n'a pas été prononcée contre les syndics.

Le 2 septembre suivant, arrêt qui réforme en ce point le jugement de première instance, et ordonne que les syndics seront contraints par corps au paiement de la lettre de change.

Les syndics se pourvoient en cassation, et considerant mal à propos cet arrêt comme rendu contre eux en leur nom, tandis qu'il ne l'est qu'en leur qualité, ils le dénoncent comme violant l'art. 2063 du Code civil.

Mais par arrêt du 19 janvier 1819, au rapport de M. Lasagni, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lebeau,

« Attendu, en droit, que, pour les intérêts et obligations communes, les syndics représentent la masse des créanciers; qu'ainsi, l'on peut, pour ces intérêts et ces obligations, prononcer contre eux les mêmes condamnations que l'on pourrait prononcer contre les créanciers formant la masse, condamnations qu'on doit ensuite mettre à exécution contre lesdits créanciers de la manière et dans les formes voulues par la loi; que, d'après cela, en décernant la contrainte par corps contre les demandeurs en cassation, *non pas en leur propre et privé nom ni en leur personne*, mais bien *comme représentant la masse des créanciers*, et pour *une dette de la même masse*, le jugement attaqué ne s'est mis en opposition avec aucune loi;

» La cour (section des requêtes) rejette le pourvoi.... (1) ».

§. II. *La signification d'un jugement aux syndics avec qui il a été rendu, fait-elle courir, contre chacun des créan-*

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1819, page 225.

Digitized by Google

ciers de la faillite, les délais de l'appel, de la requête civile et du recours en cassation, dont ce jugement peut être susceptible ?

V. l'article *Union de créanciers*, §. 1.

§. III. *Les Syndics provisoires d'une faillite sont-ils responsables solidairement des pertes causées à la masse par une imprudence, une faute ou une négligence qui leur est commune ?*

La négative ne serait susceptible d'aucun doute, si les Syndics provisoires d'une faillite pouvaient être considérés comme des mandataires purement conventionnels; car, dans cette hypothèse, il y aurait nécessairement lieu à l'application de l'art. 1995 du Code civil, suivant lequel, *quand il y a plusieurs fondés de pouvoir ou mandataires établis par le même acte, il n'y a de solidarité entre eux*, pour les négligences, les fautes ou les imprudences qu'ils commettent dans leur gestion, *qu'autant qu'elle est exprimée.*

Mais les Syndics provisoires d'une faillite ne pouvant, d'après l'art. 480 du Code de commerce, être nommés que par le tribunal saisi de la connaissance de la faillite même, il est évident qu'ils ne peuvent pas être assimilés à des mandataires purement conventionnels, et qu'ils ne sont que les mandataires de la justice.

Il faut donc, pour résoudre notre question, reprendre les choses de plus haut.

Les fautes et les imprudences qui causent du dommage à autrui, sont de deux sortes : les unes ont le caractère de délit ou de quasi-délit, et c'est en les considérant comme telles, que l'art. 1382 du Code civil en fait résulter, pour celui qui les commet, l'obligation de réparer le dommage qu'elles ont causé. Les autres sont des infractions à un contrat ou à un quasi-contrat par lequel celui qui les commet, s'était antérieurement obligé à tous les soins et à toute la surveillance nécessaires pour prévenir toute espèce de dommage.

Pour la réparation du dommage causé par les premières, lorsqu'elles ne constituent que des quasi-délits, point de solidarité. Cela résulte clairement de la combinaison de l'art. 1382 du Code civil avec l'art. 1202 du même Code.

En effet, s'il est dit, par l'un, que *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*, il est aussi dit, par l'autre, que la solidarité n'a lieu entre plusieurs co-obligés à la même chose, qu'autant qu'elle est expressément stipulée, ou qu'elle est établie par une disposition spéciale de la loi. Or, d'un côté, il ne peut y avoir de stipulation expresse de solidarité, là où il n'y a, de la part de plusieurs individus qui ont causé un dommage par une faute qu'ils ont commise simultanément, avec une promesse, soit verbale, soit écrite, de le réparer; de l'autre, comme on l'a vu à l'article *Solidarité*, § 10 et 11, la loi obligebien solidairement à la réparation d'un dommage causé, soit par des délits, soit par des faits de dol ou de fraude non prévus par la législation pénale, tous ceux qui y ont malicieusement pris part; mais il n'existe aucune disposition législative par laquelle cette règle soit généralement étendue au dommage causé par de simples fautes ou imprudences qui, de la part de ceux qui les commettent, ne constituent que des quasi-délits.

Et voilà pourquoi les contraventions de police, dans lesquelles il n'y a presque jamais que négligence, faute, ou imprudence, et rarement volonté et dessein de nuire, n'entraînent, comme je l'ai établi à l'article cité, §. 10, n° 5, de condamnations solidaires contre ceux qui sont convaincus de les avoir commises simultanément, que dans les cas expressément déterminés par la loi.

Voilà pourquoi encore, comme on l'a vu au §. 9 du même article, les condamnations des dépens, qui ne sont que la peine du téméraire plaideur, et par conséquent la réparation du dommage qu'il a causé à son adversaire, en lui suscitant un mauvais procès, ne sont solidaires, en matière civile, que lorsque la témérité du plaideur qui succombe, prend le caractère de dol.

Mais n'y a-t-il pas solidarité pour la réparation du dommage causé par des fautes ou des imprudences qui, de la part de ceux qui les ont commises simultanément, forment des infractions à un contrat ou quasi-contrat antérieur par lequel ils avaient ou étaient censés avoir promis tous leurs soins, toute leur surveillance ?

La négative ne peut pas être douteuse, si c'est sur le droit commun qu'est calqué l'art. 1995 du Code civil, puisqu'il déclare qu'il n'y a point de solidarité de plein droit, entre les co-mandataires conventionnels pour les fautes qu'ils ont commises par infraction à leur promesse d'apporter tous leurs soins et toute leur surveillance à la gestion de l'affaire dont ils se sont chargés.

Mais l'opinion contraire ne peut non plus être susceptible d'aucun doute, si l'art. 1995 n'est qu'une exception au droit commun ; car, dans cette hypothèse, la disposition doit en être resserrée rigoureusement dans ses ter-

Digitized by Google

mes; ainsi le veut la grande maxime, *quod contrà rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias* (loi 14, D. *de legibus*).

Or, des deux idées entre lesquelles roule cette alternative, quelle est la vraie? Ce qui permet de croire à la possibilité que ce soit la seconde, ce qui porte à soupçonner que la disposition de l'art. 1995 pourrait bien n'être qu'une exception au droit commun, ou, pour parler plus juste et ce qui revient au même, qu'une sous-exception particulière à une exception générale servant de limite à la règle tracée dans l'art. 1202, c'est qu'il est dit, d'abord, dans les art. 395 et 396, que le second mari de la mère remariée est solidairement responsable de la tutelle des enfans du premier lit; ensuite, dans l'art. 1033, que, lorsqu'il y a plusieurs exécuteurs testamentaires, ils sont solidairement comptables du mobilier qui leur a été confié; car les fautes que commettent, soit le second mari de la mère remariée et la mère elle-même, dans l'exercice de leurs fonctions de tuteurs, soit les exécuteurs testamentaires dans la manutention du mobilier qui leur a été confiée, sont des infractions au quasi-contrat par lequel ils sont censés avoir promis tous leurs soins à la gestion qu'ils ont acceptée.

Mais ce qui n'est que soupçon à la simple lecture des art. 395, 396 et 1033, devient certitude, lorsqu'on se reporte à l'art. 1222, où il est dit que *chacun de ceux qui ont contracté conjointement une dette indivisible, en est tenu pour le total, encore que l'obligation n'ait pas été contractée solidairement.*

En effet, c'est bien une *dette indivisible* que contractent, soit le second mari de la mère remariée et la mère elle-même, en acceptant la tutelle de l'enfant de celle-ci, soit les exécuteurs testamentaires, en acceptant l'exécution du testament du défunt, puisqu'ils s'obligent respectivement à des soins et à une surveillance qu'il est impossible de diviser par moitié, par tiers, par quart, ou par toute autre partie aliquote; et il y a nécessairement la même indivisibilité dans les soins et la surveillance que les co-mandataires conventionnels promettent d'apporter à l'accomplissement du mandat qu'ils acceptent en commun.

Ainsi, autant sont conformes au droit commun, ou si l'on veut, à l'exception générale que l'art. 1222 met à l'art. 1202, les dispositions des art. 395, 396 et 1033, autant y est contraire celle de l'art. 1995.

Ce qu'il y a d'ailleurs de bien remarquable, c'est qu'il a fallu, pour introduire cette anomalie dans le Code civil, fermer les yeux à une loi romaine, qui, d'après le principe renouvelé par l'art. 1222 de ce Code, consacrait précisément la proposition inverse : *Duobus quis mandavit*, disait-elle, *negotiorum administrationem; quæsitum est an unusquisque mandati judicio in solidum teneatur. Respondi unumcumque pro solido conveniri debere, dummodo ab utroque non ampliùs debito exigatur.* Ce sont les termes de la loi 60, §. 2, D. *mandati;* et le président Favre ne manque pas d'observer, dans ses *Rationalia* sur ce texte, que la décision en est fondée sur l'indivisibilité de l'obligation que les deux co-mandataires contractent envers leur commettant, d'apporter le plus grand soin à l'affaire qu'il leur confie. Après avoir opposé à cette loi, comme raison de douter (*ratio dubitandi*), les lois des Pandectes qui décident que *plures simul obligati non tenentur nisi in viriles portiones, nisi adjectum sit ut singuli in solidum teneantur,* il ajoute, comme raison de décider (*ratio decidendi*) : *cùm quis duobus simul mandat in solidum negotiorum suorum administrationem, uniuscujusque fidem in solidum sequi intelligitur, et hoc ipso fiunt quasi duo rei promittendi, ut singuli in solidum teneantur, etiamsi nominatim id dictum non sit, quasi naturâ ipsâ negotii et contractûs ità facientes.*

Aussi le sieur Gaudin-Bellecourt s'est-il vainement pourvu en cassation contre un arrêt de la cour d'appel de Poitiers, du 31 octobre 1811, qui l'avait condamné, solidairement avec son co-syndic provisoire de la faillite du sieur Amyet, aux dommages-intérêts résultant de la négligence qu'ils avaient mise tous deux dans l'exercice de leurs fonctions. Vainement a-t-il prétendu que cet arrêt violait les art. 1202 et 1995 du Code civil; ses moyens, quoique faiblement combattus, ont échoué; et un arrêt rendu, le 18 janvier 1814, après la plus mûre délibération, au rapport de M. Chabot, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Jourde, a rejeté leur recours en cassation,

» Attendu que les Syndics provisoires d'une faillite, qui sont nommés par la justice, aux termes de l'art. 480 du Code de commerce, et qui reçoivent de la loi elle-même et leurs fonctions et les obligations qui en résultent, se trouvent, par la nature même de ces fonctions, chargés conjointement d'une administration qui est commune à tous, d'une surveillance que tous doivent également exercer pour la plus grande sûreté des intérêts de la masse des créanciers, que chacun d'eux ne peut donc exercer partiellement ou divisé-

Digitized by Google

ment, et qui les soumet conséquemment à une responsabilité également commune, également indivisible, dont les suites doivent frapper sur tous, puisque les négligences ou les fautes sont le fait de tous; d'où il suit qu'elle emporte de plein droit la solidarité, puisque, dans le cas même où l'obligation indivisible ne serait que conventionnelle, elle emporterait la solidarité, suivant les art. 1218 et 1222 du Code civil;

» Attendu que l'art. 1995 du même Code, qui contient, dans certains cas, une exception aux dispositions des art. 1217 et 1218, n'est pas applicable à l'espèce, puisqu'il ne s'agit pas d'un mandat conventionnel où les parties avaient pu stipuler volontairement, mais d'une administration confiée par la justice, et dont les obligations sont réglées par la loi seule, sans qu'elles puissent être modifiées par aucune stipulation (1) ».

§. IV. *Autres questions relatives aux Syndics des faillites.*

V. les articles *Bail*, §. 12, *Direction de créanciers* et *Union de créanciers*.

TABLEAU (ORDRE DU). *V.* les articles *Avocat*, §. 3, n° 2, *Partage d'opinions* et *Suppléant* (*juge*), §. 4.

TABLEAU DES INTERDITS. §. I. 1° *La disposition de l'art.* 502 *du Code civil qui déclare nuls les actes passés postérieurement au jugement portant interdiction ou nomination d'un conseil, par un interdit ou sans l'assistance du conseil, est-elle applicable au cas où ce jugement n'a pas été inscrit dans les tableaux affichés dans l'auditoire du tribunal et dans les études de tous les notaires de l'arrondissement?*

2° *Est-elle applicable au cas où ce jugement a été inscrit dans le tableau affiché dans l'auditoire du tribunal, et notifié aux notaires du lieu du domicile de celui qu'il a interdit ou à qui il a nommé un conseil, mais où il n'a pas été notifié aux autres notaires de l'arrondissement, ou, ce qui revient au même, d'après les art.* 92 *et* 175 *du décret du* 16 *février* 1807, *au secrétaire de la chambre de ces officiers?*

Le 23 thermidor an 11, Omer-Athanase Masse, manufacturier à Saint-Omer, présente au tribunal de première instance de cette ville, une requête par laquelle, en exposant que Jean-Louis Masse, son fils, encore mineur, mais touchant à sa majorité, se livre journellement à des dépenses excessives, et affiche un penchant irrésistible à la dissipation de toute sa fortune, il demande qu'il soit nommé à ce jeune homme un conseil judiciaire sans l'assistance duquel il ne puisse, dès le moment où il sera devenu majeur, plaider, transiger, emprunter, aliéner ni grever ses biens.

Le 30 du même mois, après l'accomplissement de toutes les formalités prescrites par l'art. 514 du Code civil, jugement contradictoire qui nomme le sieur Winocq Picquart conseil de Jean-Louis Masse, et défend à celui-ci de plaider, de transiger, d'emprunter, de recevoir aucun capital mobilier, d'en donner décharge, d'aliéner ses biens ni de les grever d'hypothèques, sans l'assistance de ce conseil.

Ce jugement est expédié le 7 fructidor de la même année.

Dans les trois jours suivans, Jean-Louis Masse est inscrit au Tableau des interdits placé dans l'auditoire du tribunal de première instance de Saint-Omer.

Le 12 du même mois, le jugement est signifié à Jean-Louis Masse, à son avoué et à tous les notaires de la ville; mais il ne l'est pas aux autres notaires de l'arrondissement (1).

Par contrats passés devant notaires à Lillers, petite ville de l'arrondissement du tribunal de première instance de Béthune, le 28 messidor et le 4 fructidor an 13, Jean-Louis Masse, sans être assisté de son conseil, vend, sous faculté de rachat, au sieur Berthier-Warnier, demeurant à Lillers même, divers immeubles situés dans l'arrondissement d'Hazebrouck; et il en touche le prix.

Le 3 frimaire an 14, il se présente devant un notaire de la ville d'Aire, laquelle ressortit au tribunal de première instance de Saint-Omer; et là, hors la présence du sieur Berthier-Warnier, il déclare renoncer à la faculté de rachat qu'il s'est réservée par les contrats de vente des 28 messidor et 4 fructidor an 13.

Le 4 novembre 1807, le sieur Berthier-Warnier fait assigner le sieur de Wynter, l'un des fermiers des biens compris dans ces contrats, devant le tribunal de première

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 14, page 57.

(1) A cette époque, les chambres de notaires n'existaient pas encore.

Digitized by Google

instance d'Hazebrouck, pour se voir condamner au paiement de fermages arriérés.

Jean-Louis Masse et son conseil interviennent et demandent que les deux contrats soient déclarés nuls, conformément à l'art. 502 du Code civil.

Le sieur Berthier-Warnier répond que cet article ne peut pas lui être appliqué, parceque le jugement du 30 thermidor an 11 n'a pas été suivi de toutes les formalités prescrites par l'art. 501; et il forme, au besoin, une tierce-opposition à ce jugement.

Le 5 février 1808, jugement ainsi conçu :

« 1° Berthier-Warnier est-il recevable et fondé dans sa demande en paiement des fermages? 2° La tierce-opposition par lui formée contre le jugement de Saint-Omer, doit-elle être rejetée avec amende, dommages-intérêts et dépens?

» En ce qui concerne la demande principale,

» Considérant, en fait, qu'un jugement du tribunal civil de Saint-Omer, en date du 30 thermidor an 11, interdit à Jean-Louis Masse toute aliénation de ses immeubles sans l'assistance d'un conseil qui lui est nommé par le même jugement; et, en droit, qu'aux termes de l'art. 502 du Code civil, ce jugement doit opérer du jour de son émission; que, dès-lors, et suivant le §. 2 du même article, les actes de vente consentis par ledit Jean-Louis Masse au profit de Berthier-Warnier, les 28 messidor et 4 fructidor an 13, sans que ce même Masse ait été assisté du sieur Picquart, son conseil judiciaire, sont nuls de plein droit, et ne peuvent produire aucun effet; d'où il suit que ledit Berthier-Warnier est tout à la fois sans qualité et sans action pour réclamer les fermages dont il s'agit;

» Considérant que l'inobservation d'une partie des formalités requises pour la publicité du jugement sus-référé, peut d'autant moins empêcher l'effet de ce jugement par rapport à Berthier-Wardier, que les contrats d'achat dont il se prévaut, n'ont point été passés dans l'arrondissement de Jean-Louis Masse, son vendeur; et que, lors de l'acte de ratification passé à Aire par ledit Masse, toujours en l'absence de son conseil judiciaire, ledit Berthier avait une pleine connaissance de l'incapacité du même Masse;

» Et en ce qui touche la tierce-opposition incidemment formée par Berthier-Warnier au susdit jugement du 30 thermidor an 11,

» Considérant que, lors de ce jugement, il n'existait aucun motif qui dût y faire appeler Berthier-Warnier, et qu'en tout cas, Masse, son auteur, a été partie audit jugement; qu'ainsi, la tierce-opposition ne peut être admise sous aucun rapport;

» Par ces motifs, le tribunal déclare Berthier-Warnier non-recevable dans l'une et l'autre de ses demandes, et le condamne aux dépens ».

Le sieur Berthier-Warnier appelle de ce jugement; et par arrêt du 1er juin de la même année,

« Considérant que les dispositions des art. 501 et 502 du Code civil sont corrélatives; et que conséquemment la nullité prononcée par ledit art. 502, est subordonnée à l'observation des formalités prescrites par ledit art. 501;

» Considérant que les dispositions dudit art. 501 n'ont pas été complettement remplies à l'égard du jugement portant nomination de conseil, et dont il s'agit, dans le temps prescrit par ledit article, avant la passation des actes de vente et de ratification dont il s'agit; qu'en conséquence, ces actes ne sont point frappés de nullité;

» La cour (d'appel de Douai) met l'appellation au néant; émendant, sans avoir égard à la demande en intervention de Masse fils et de Winocq Picquart, dont ils sont déboutés, condamne de Wynter au paiement des deux années de fermages dont il s'agit, et aux intérêts depuis la demande judiciaire ».

Jean-Louis Masse et son conseil se pourvoient en cassation contre cet arrêt.

« L'art. 502 du Code civil a-t-il été violé par l'arrêt que vous dénoncent Jean-Louis Masse et son conseil (ai-je dit à l'audience de la section civile, le 16 juillet 1810)? Telle est la question qui se présente aujourd'hui à votre examen.

» Cet article, vous le savez, porte que *l'interdiction ou la nomination d'un conseil aura son effet du jour du jugement;* et que *tous actes passés postérieurement par l'interdit, ou sans l'assistance du conseil, seront nuls de droit.*

» Dans notre espèce, il y avait environ deux ans qu'avait été rendu le jugement qui nommait un conseil à Jean-Louis Masse, lorsque celui-ci a passé, au profit du défendeur, sans l'assistance de ce conseil, les deux contrats de vente que la cour d'appel de Douai a déclarés valables. Ces deux contrats étaient donc *nuls de droit.* La cour d'appel de Douai a donc violé, en les déclarant valables, l'art. 501 du Code civil.

» Voilà comment raisonne Jean-Louis Masse; et ce raisonnement, nous devons le dire, paraît sans réplique.

Digitized by Google

» On le combat cependant d'une manière très-spécieuse. Il ne faut pas, dit-on, séparer l'art. 502 de l'art. 501. Ces deux articles sont, suivant l'expression de la cour d'appel, *corrélatifs*; et le second ne peut avoir lieu qu'autant que le premier a reçu sa pleine exécution, c'est-à-dire, qu'autant que *le jugement portant interdiction ou nomination d'un conseil*, a été, *à la diligence des demandeurs*, *levé*, *signifié à partie et inscrit*, *dans les dix jours*, *sur les tableaux qui doivent être affichés dans la salle de l'auditoire et dans les études des notaires de l'arrondissement.* Or, il est bien vrai que le jugement du 30 thermidor an 11 a été inscrit, dans les dix jours de sa prononciation, sur le tableau affiché dans l'auditoire du tribunal civil de Saint-Omer; mais il est vrai aussi qu'il n'a pas été, dans le même espace de temps, signifié à Jean-Louis Masse, et qu'il ne l'a été que le 12 fructidor an 11, deux jours après l'expiration du délai fixé par la loi; il est vrai aussi qu'il n'a été notifié aux notaires de la ville de Saint-Omer, que le même jour; il est vrai qu'il n'existe aucune preuve, ni qu'il ait jamais été inscrit sur les tableaux de ces officiers, ni même qu'il ait jamais été notifié aux autres notaires de l'arrondissement. Donc, comme l'a dit la cour d'appel de Douai, *les dispositions de l'art.* 501 *n'ont pas été complettement remplies à l'égard du jugement* du 30 thermidor an 11. Donc les contrats de vente dont il s'agit, *ne sont pas frappés de la nullité* prononcée par l'art. 502.

» Toutefois, cette défense repose, comme vous le voyez, sur une assertion qu'il importe extrêmement d'apprécier, savoir, que la nullité prononcée par l'art. 502, est subordonnée à l'exacte observation des formalités prescrites par l'art. 501. Car, si cette assertion est vraie, l'arrêt de la cour d'appel de Douai doit incontestablement être maintenu; comme il doit incontestablement être cassé, si elle est fausse.

» Pour que cette assertion fût vraie, le concours de deux conditions serait absolument nécessaire. Il faudrait que, dans l'art. 501, on pût sous-entendre la clause, *faute de quoi, le jugement sera réputé non-avenu;* il faudrait que, dans l'art. 502, on pût suppléer cette autre clause: *pourvu que les formalités prescrites par l'article précédent, soient exactement observées.*

» Mais, peut-on ainsi, par une interprétation purement doctrinale, ajouter à ces deux articles des dispositions aussi essentielles?

» Et d'abord, l'art. 501 serait-il bien d'accord avec la raison, base éternelle de toutes les lois, s'il était dans son intention de rendre comme non-avenu le jugement d'interdiction ou de nomination d'un conseil, par le seul défaut d'avoir été levé, signifié et inscrit dans les dix jours de sa prononciation? Qu'à raison de ce seul défaut, l'art. 501 eût déclaré que le jugement resterait sans effet, tant que les formalités qu'il prescrit n'auraient pas été observées, il n'y aurait là rien que de naturel et de concordant avec la marche ordinaire des dispositions législatives. Mais déclarer qu'à raison de ce seul défaut, l'interdit serait à jamais libre, qu'à raison de ce seul défaut celui à qui il aurait été nommé un conseil, serait à jamais affranchi de sa surveillance, ou du moins que ce défaut ne pourrait être réparé que par une nouvelle procédure en interdiction ou nomination de conseil, et par l'obtention d'un nouveau jugement, c'eût été, de la part du législateur, une disposition purement capricieuse; c'est par conséquent ce qu'on ne peut pas supposer sans insulter à sa sagesse; et cependant il faut aller jusques-là, pour donner à l'art. 501 le sens que lui a prêté l'arrêt de la cour d'appel de Douai; car l'art. 501 ne se borne pas à ordonner que le jugement soit levé, signifié et inscrit sur les tableaux de l'auditoire et des notaires, il veut encore que tout cela soit fait dans les dix jours; et il n'y a pas plus de raison pour attacher la peine d'annihilation du jugement à l'omission totale ou partielle de ces formalités, qu'il n'y en aurait pour la faire résulter du seul retardement apporté à leur entier accomplissement.

» Vous voyez déjà, MM., que le système de la cour d'appel de Douai ne tend à rien moins qu'à faire dire tacitement à la loi, ce qu'elle n'aurait pas pu raisonnablement dire en termes exprès. Mais ce n'est pas tout.

» Voulût-on prétendre que l'art. 501 doit être entendu en ce sens, que le jugement d'interdiction ou de nomination d'un conseil doit rester sans effet, jusqu'à ce qu'il ait été levé, signifié à partie et inscrit sur tous les tableaux indiqués par cet article, il resterait encore à savoir si cette interprétation, quoique plus raisonnable que la précédente, n'excède pas toujours les pouvoirs du magistrat; et il ne serait pas difficile de prouver qu'elle les excède reellement.

» Dire qu'un jugement d'interdiction ou de nomination d'un conseil restera sans effet tant que telles et telles formalités n'auront pas été remplies, et dire que, jusqu'alors, il sera considéré comme s'il n'existait pas, comme nul, c'est absolument la même chose.

Digitized by Google

» Or, la peine de nullité, soit perpétuelle, soit temporaire, peut-elle être suppléée dans les lois qui ne la prononcent pas textuellement?

» Elle peut, elle doit l'être, dans les lois qui déterminent les formalités constitutives de la substance des actes. Ainsi, bien que le Code de procédure civile ne déclare pas expressément nul le jugement qui ne contiendrait, ni le fait, ni les conclusions des parties, ni les motifs des juges, un pareil jugement n'en devrait pas moins être annulé, parcequ'il manquerait de tout ce qui constitue essentiellement une sentence ou un arrêt. Ainsi, quoique le Code civil ne déclare pas expressément nul le jugement d'interdiction qui ne serait pas précédé de l'avis d'un conseil de famille, de l'interrogatoire du défendeur et d'une instruction contradictoire à l'audience, un pareil jugement n'en devrait pas moins être annulé, parceque, sans ces préliminaires, une interdiction ne serait qu'un attentat monstrueux à la liberté civile, parceque ces préliminaires tiennent essentiellement à la substance de l'interdiction.

» Mais hors ce cas, la peine de nullité ne peut jamais être sous-entendue dans une loi; et les juges ne peuvent jamais la prononcer, sans ajouter à la loi elle-même, sans faire ce qui n'appartient qu'au législateur.

» Or, peut-on regarder comme des formalités constitutives de la substance d'un jugement d'interdiction ou de nomination d'un conseil, celles qui sont prescrites par l'art. 501?

» Comment le pourrait-on? Ces formalités ne doivent et ne peuvent être remplies qu'après que le jugement a été rendu, qu'après qu'il a été prononcé à l'audience, qu'après qu'il a reçu toute sa perfection. Ces formalités sont donc extrinsèques au jugement; elles ne tiennent donc pas à sa substance.

» Ainsi, les principes généraux sur la théorie des nullités s'opposent ici à ce qu'on supplée, dans l'art. 501, une clause irritante qui n'y est pas écrite.

» Et il ne faut pas dire que ces principes ont pu, dans la rédaction de cet article, échapper au législateur; il ne faut pas dire que le législateur a pu les perdre momentanément de vue.

» 1° Le législateur connaissait, en rédigeant cet article, les réglemens qui existaient, sur cette matière, dans l'ancienne jurisprudence; il connaissait l'arrêt du parlement de Normandie, du 31 janvier 1597, qui voulait que les jugemens d'interdiction fussent *écrits en tableaux qui seraient affichés aux tabellionages des ville et lieu du domicile de l'interdit*, SUR PEINE DE NULLITÉ; il connaissait les arrêts du parlement du Paris, des 18 mars 1614, 23 décembre 1621, 4 août 1718 et 17 juillet 1764, qui avaient réglé la même chose pour les sentences d'interdiction émanées du châtelet. Pourquoi donc n'a-t-il pas, comme ces réglemens, ajouté à sa disposition la peine de nullité? C'est évidemment parcequ'il ne l'a pas voulu.

» 2° Le législateur a prescrit, dans l'art. 1445, pour les jugemens de séparation de biens entre époux, des formalités semblables à celles que prescrit l'art. 501 pour les jugemens d'interdiction. Et comment s'exprime-t-il dans l'art. 1445? *Toute séparation de biens doit, avant son exécution, être rendue publique par l'affiche sur un tableau à ce destiné, dans la principale salle du tribunal de première instance; et de plus, si le mari est marchand, banquier ou commerçant, dans celle du tribunal de commerce du lieu de son domicile*, ET CE A PEINE DE NULLITÉ DE SON EXÉCUTION, termes qui équivalent à ceux-ci, *à peine de nullité du jugement*; car l'art. 1444 déclare expressément que *la séparation de biens, quoique prononcée en justice, est nulle, si elle n'a pas été exécutée* par les moyens qu'il détermine. Pourquoi donc le législateur ne s'est-il pas exprimé de même dans l'art. 501? Pourquoi donc n'y a-t-il pas dit également, *à peine de nullité du jugement d'interdiction?* C'est toujours par la même raison, c'est parcequ'il ne l'a pas voulu.

» 3° Pour nous former une idée exacte de l'esprit dans lequel a été rédigé l'art. 501 du Code civil, comparons-le avec l'art. 67 du Code de commerce, relatif à la séparation contractuelle de biens entre époux commerçans.

» L'ordonnance du mois de mars 1673, tit. 8, art. 1, soumettait ces sortes de stipulations à la même formalité que les anciens réglemens avaient prescrite pour les jugemens d'interdiction; et elle appliquait à l'omission de cette formalité, la même peine de nullité dont les jugemens d'interdiction étaient frappés par ces réglemens: *Dans les lieux où la communauté de biens entre mari et femme est établie par la coutume ou l'usage* (portait-elle), *la clause qui y dérogera dans les contrats de mariage des marchands grossiers ou détailleurs et des banquiers, sera publiée à l'audience de la juridiction consulaire, s'il y en a, sinon, dans l'assemblée de l'hôtel commun des villes, et insérée dans un tableau exposé en lieu public*, à peine de

Digitized by Google

nullité; *et la clause n'aura lieu que du jour qu'elle aura été publiée et enregistrée.*

» Les commissaires-rédacteurs du projet de Code de commerce crurent devoir proposer le renouvellement de cette disposition, et ils en firent l'objet d'un article ainsi conçu: *à défaut d'exécution de cette formalité* (celle de la publication), *dans le délai prescrit par l'article précédent* (le délai de dix jours), *la séparation de biens ne peut être opposée aux créanciers.*

» La section de l'intérieur du conseil d'état adopta cet article et le présenta au conseil.

» Mais le conseil l'ayant discuté, le rejeta et se borna à dire, art. 67 : *tout contrat de mariage entre époux dont l'un sera commerçant, sera transmis par extrait, dans le mois de sa date, aux greffes et chambres désignés par l'art. 872 du Code de procédure civile, pour être exposé au tableau, conformément au même article. Cet extrait annoncera si les époux sont mariés en communauté, s'ils sont séparés de biens, ou s'ils ont contracté sous le régime dotal.*

» Ainsi, comme l'observe l'auteur de l'*Esprit du Code de commerce,* c'est-à-dire, le rédacteur même du procès-verbal de la discussion de ce Code, tome 1, page 299, *la nullité prononcée par la commission et par la section, n'a pas été admise.*

» Voilà donc une disposition qui prescrit, pour les séparations contractuelles de biens, une formalité parallèle à la formalité prescrite par l'art. 501 du Code civil, et qui la prescrit, sans y ajouter, sans qu'on puisse y suppléer, la peine de nullité. Comment donc des juges pourrait-ils se permettre de suppléer la peine de nullité dans l'art. 501 du Code civil?

» On objectera peut-être que l'art. 501 du Code civil diffère de l'art. 67 du Code de commerce, en ce que le premier n'est suivi d'aucune disposition qui garantisse l'accomplissement des formalités qu'il prescrit; au lieu que le second est suivi immédiatement d'un texte qui en assure suffisamment l'exécution. En effet, l'art. 68 porte que *le notaire qui aura reçu le contrat de mariage, sera tenu de faire la remise ordonnée par l'article précédent, sous peine de* 100 *francs d'amende, et même de destitution et de responsabilité envers les créanciers, s'il est prouvé que l'omission soit la suite d'une collusion.*

» Mais, d'une part, de ce que l'art. 501 du Code civil pourrait être négligé impunément, il ne s'ensuivrait pas que l'on pût y suppléer la peine de nullité.

» D'un autre côté, l'art. 501 du Code civil n'a été arrêté au conseil d'État, que sous la réserve de lui donner, par un réglement positif, la sanction dont il manque par lui-même. C'est ce qu'atteste l'orateur du gouvernement, M. Emmery, dans l'*exposé des motifs* de cette partie du Code : *Le jugement portant interdiction ou nomination d'un conseil* (dit-il), *doit être rendu à l'audience publique. On impose au demandeur l'obligation de le faire lever, signifier à partie, et inscrire, dans les dix jours, sur les tableaux qui doivent être affichés dans la salle de l'auditoire et dans les études des notaires de l'arrondissement. Ces précautions sont prises dans l'intérêt des tiers* : IL FAUDRA, POUR EN ASSURER L'EXÉCUTION, DESCENDRE DANS QUELQUES DÉTAILS QUI SERAIENT AU-DESSOUS DE LA MAJESTÉ DE LA LOI; *il y sera pourvu par des réglemens d'administration publique, dès que le notariat sera tout-à-fait organisé.*

» Il y a donc une parité absolue entre l'esprit dans lequel a été rédigé l'art. 67 du Code de commerce, et l'esprit dans lequel a été rédigé l'art. 501 du Code civil. L'art. 67 du Code de commerce a été rédigé sous la réserve d'y ajouter, par l'article suivant, une mesure qui en assurât l'exécution; et l'art. 501 du Code civil l'a été sous la réserve d'y ajouter, par un réglement d'administration publique, une mesure qui produisît le même effet.

» Qu'importe que ce réglement ne soit pas encore fait (car il ne peut pas être censé l'avoir été par les art. 92 et 175 du décret du 16 février 1807, puisque ces articles n'ont pas pour objet *d'assurer l'exécution* de l'art. 501 du Code, mais seulement de diminuer les frais de cette exécution), qu'importe, disons-nous, que ce réglement ne soit pas encore fait? Le plus ou le moins de célérité à faire ce réglement, ne peut rien changer à l'esprit dans lequel a été rédigé l'art. 501; et l'absence de ce réglement ne peut pas faire suppléer, dans l'art. 501, une peine de nullité que l'annonce faite au corps législatif de ce réglement, suppose et prouve manifestement n'avoir pas été dans la pensée du législateur.

» En effet, si, dans la pensée du législateur, l'art. 501 eût emporté par lui-même la peine de nullité, il n'en aurait pas fallu davantage pour en assurer l'exécution. L'exécution en aurait été suffisamment garantie, par cela seul qu'à défaut d'accomplissement des formalités qu'il prescrit, le jugement d'interdiction ou de nomination d'un conseil serait resté sans effet. L'orateur du gouvernement n'a donc pas pu dire qu'*il faudra, pour en*

Digitized by Google

assurer l'exécution, entrer dans quelques détails qui seraient au-dessous de la majesté de la loi; sans dire implicitement que la peine de nullité ne peut y être sous-entendue.

» Ainsi, tout ce qui résulte du défaut actuel de sanction dans l'art. 501, tout ce qui résulte de ce qu'en attendant le réglement promis pour assurer l'exécution de cet article, on peut omettre impunément les formalités qu'il prescrit pour donner aux jugemens d'interdiction la plus grande publicité, c'est que notre jurisprudence se trouve encore, sur cette matière, au même point où elle était chez les Romains, au même point où elle était dans une grande partie de la France avant le Code civil.

» Chez les Romains, les jugemens d'interdiction n'étaient ni publiés ni affichés; et ils n'en recevaient pas moins leur pleine exécution contre les tiers qui contractaient avec des interdits.

» Les arrêts de réglement du parlement de Paris, ceux du parlement de Rouen, et les dispositions de quelques coutumes en avaient disposé autrement; mais ces réglemens, ces statuts coutumiers étaient renfermés dans leurs ressorts respectifs; et de droit commun, les jugemens d'interdiction n'avaient besoin ni de publication ni d'affiche, pour avoir leur entier effet à l'égard des tiers. Écoutons Serres dans ses *Institutions au droit français*, ouvrage composé spécialement pour le ressort du parlement de Toulouse : *A l'égard des prodigues* (dit-il), *le même jugement qui leur donne un curateur, leur interdit aussi l'administration de leurs biens; en sorte que tous les actes ou contrats qu'on pourrait ensuite passer avec eux, sont nuls et invalables; on prend même* QUELQUEFOIS *la précaution de faire signifier aux syndics des notaires le jugement d'interdiction.* Le mot *quelquefois* annonce bien clairement que cette *précaution* n'était prescrite par aucune loi, et que, dès-là, elle n'était pas rigoureusement nécessaire.

» Sans doute, ce défaut de loi pouvait alors entraîner des inconvéniens; mais il n'appartenait qu'au législateur d'y pourvoir, et il ne l'avait point fait.

» Sans doute, aujourd'hui encore, le défaut de sanction dans l'art. 501 du Code civil, peut être, pour des tiers de bonne foi, une cause de surprise; mais il n'appartient encore qu'au législateur d'y pourvoir; il a promis d'y pourvoir en effet, et nous ne pouvons pas, sous le prétexte qu'il n'a pas encore rempli sa promesse, lire dans l'art. 501, une peine de nullité que cette promesse même démontre n'y être pas sous-entendue.

» Nous pourrions nous arrêter ici; car, dès que les formalités prescrites par l'art. 501, ne le sont pas à peine de nullité, il est bien clair que la peine de nullité prononcée par l'art. 502 contre tous les contrats passés par l'interdit ou celui à qui il a été nommé un conseil, ne peut pas être subordonnée à l'accomplissement de ces formalités; il est bien clair qu'on ne peut pas sous-entendre dans l'art. 502 la clause, *pourvu que les formalités prescrites par l'article précédent, aient été exactement observées;* il est bien clair que la seconde des conditions que nous avons dit être indispensablement nécessaires pour le maintien de l'arrêt attaqué, ne peut pas se rencontrer ici.

» Mais l'art. 502 peut ajouter de nouvelles lumières à celles que nous venons de voir jaillir de la discussion de l'art. 501; il est donc de notre devoir d'y jeter un coup-d'œil.

» *L'interdiction ou la nomination d'un conseil aura son effet du jour du jugement. Tous actes passés postérieurement par l'interdit, ou sans l'assistance du conseil, seront nuls de droit.* Tels sont les termes de l'art. 502.

» D'abord il n'y a rien, dans ces termes, qui lie la disposition qu'ils expriment, avec celle qui est consignée dans l'article précédent; la disposition qu'ils expriment, est donc, par la manière dont elle est conçue, indépendante de l'art. 501. Et comment, d'après cela, les magistrats de la cour d'appel de Douai ont-ils pu voir, dans l'art. 501, la condition *sine quâ non* de l'art. 502? Comment ont-ils pu, dans l'art. 502, convertir en disposition conditionnelle, une disposition qui, par elle-même, est absolue?

» Si le législateur avait voulu faire ainsi dépendre la disposition de l'art. 502, de l'accomplissement intégral des formalités prescrites par l'art. 501, il l'aurait dit; et non seulement il ne l'a point dit, mais il a dit positivement tout le contraire; et voici comment.

» Si l'effet de l'interdiction ou de la nomination d'un conseil était subordonné à l'accomplissement des formalités prescrites par l'art. 501, de quel jour cet effet aurait-il lieu? Du jour, du seul jour où toutes ces formalités se trouveraient remplies. C'est ainsi que, par l'article cité de l'ordonnance de 1673, il était réglé que la séparation contractuelle de biens entre époux commerçans, n'aurait *lieu que du jour où elle aurait été publiée et enregistrée.*

Digitized by Google

» Eh bien! L'art. 502 déclare en toutes lettres que *l'interdiction ou la nomination du conseil aura son effet du jour du jugement:* elle aura donc son effet avant que le jugement ait été levé, avant qu'il ait été signifié à partie, avant qu'il ait été inscrit sur les tableaux de l'auditoire et des études des notaires; elle aura donc son effet avant que les formalités prescrites par l'art. 501, aient été remplies : son effet est donc indépendant de ces formalités.

» Et cet effet, quel est-il par rapport aux tiers? C'est la nullité de *tous actes passés, postérieurement* à la prononciation du jugement, *par l'interdit, ou sans l'assistance du conseil.* La nullité de ces actes n'est donc pas subordonnée à l'accomplissement des formalités prescrites par l'art. 501. Cette nullité doit donc être prononcée, soit que ces formalités aient été remplies, soit qu'elles ne l'aient pas été.

» Et à quelle inconséquence ne nous conduirait pas le système de la cour d'appel de Douai?

» Qu'un interdit pour cause d'imbécillité fasse un emprunt en sortant de l'audience où le jugement de son interdiction vient d'être prononcé; qu'un prodigue vende toutes ses propriétés, en sortant de l'audience où il vient de lui être nommé un conseil : bien sûrement la nullité de cet emprunt, de cette vente, est acquise à l'un et à l'autre : c'est pour l'un et l'autre un droit certain et inaltérable; et ce droit, ils le transmettront à leurs héritiers.

» Qu'arriverait-il cependant, dans le système de l'arrêt attaqué, si le demandeur en interdiction ou en nomination d'un conseil, ne remplissait pas, dans les dix jours suivans, les formalités prescrites par l'art. 501? Ce qui arriverait? C'est que l'emprunt et la vente qui, dans leur principe, étaient *nuls de droit,* deviendraient valables.

» Ainsi, la négligence ou la mort inopinée du demandeur en interdiction ou en nomination de conseil, priverait l'interdit ou le prodigue du droit qui leur était acquis à la nullité de son emprunt ou de sa vente! Le droit acquis à l'interdit ou au prodigue, se trouverait à la merci d'un tiers ou du hasard! Ainsi serait violée l'une des maximes fondamentales de toute législation, *quod nostrum est facto alterius nobis auferri non potest.* Quelles injustices! Quelles absurdités!

» On nous a cité l'opinion de M. Maleville, qui, sur l'art. 501, dit que *le défaut d'affiches* du jugement d'interdiction *rendrait les parens non-recevables à quereller un acte qu'un tiers aurait passé de bonne foi avec l'interdit.*

» Mais, remarquez-le bien, M. Maleville ne va pas jusqu'à dire qu'à défaut d'affiches, l'interdit lui-même ne pourrait pas, par le ministère de son tuteur, provoquer l'annullation d'un contrat ruineux qu'il aurait souscrit postérieurement à son interdiction.

» M. Maleville ne va pas jusqu'à dire que les parens eux-mêmes, devenus héritiers de l'interdit, seraient non-recevables à quereller un acte qu'il eût souscrit depuis le jugement non affiché; dans le cas où ce jugement aurait été provoqué par le ministère public ou par l'époux de l'interdit; et il ne pourrait pas aller aussi loin, sans s'écarter du texte de l'art. 501 lui-même, qui n'impose qu'aux *demandeurs* en interdiction les formalités qu'il prescrit; car il serait souverainement déraisonnable de faire peser sur d'autres que ceux-ci, la peine d'une négligence qui leur serait absolument personnelle.

» L'opinion de M. Maleville est donc ici très-indifférente. Qu'elle soit fondée ou qu'elle ne le soit pas, elle ne peut recevoir aucune application à notre espèce, puisque, dans notre espèce, ce n'est point par le demandeur en nomination d'un conseil à la personne de Jean-Louis Masse, puisqu'au contraire c'est par Jean-Louis Masse lui-même, que sont attaqués les contrats de vente dont il s'agit.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de casser et annuler l'arrêt de la cour d'appel de Douai, du 1er juin 1808, et d'ordonner qu'à notre diligence l'arrêt à intervenir sera imprimé, et transcrit sur les registres de cette cour ».

Arrêt du 16 juillet 1810, au rapport de M. Cochard, par lequel,

« Considérant que l'incapacité résultant d'un jugement portant nomination d'un conseil judiciaire, ne peut être opposée au tiers qui aurait contracté avec celui auquel ledit conseil a été nommé, que dans le cas où ce jugement aurait reçu la publicité voulue par la loi et dans les formes qu'elle a prescrites;

» Considérant que, dans l'espèce, cette publicité n'a pas eu lieu; que par conséquent Berthier-Warnier a pu contracter valablement avec Masse; d'où il suit que la cour d'appel de Douai, en maintenant comme valides les actes des 28 messidor et 4 fructidor an 13 et 3 frimaire an 14, n'a pu contrevenir à aucune loi;

» La cour rejette le pourvoi..... ».

Cet arrêt n'a pas, à beaucoup près, passé

Digitized by Google

tout d'une voix; et il ne répond nullement aux raisonnemens qui combattent l'opinion qu'il adopte.

§. II. *Le défaut d'inscription d'un jugement d'interdiction ou de nomination de conseil dans l'auditoire du tribunal et dans toutes les études des notaires de l'arrondissement où l'interdit a contracté depuis, emporte-t-il la nullité de son obligation, lorsque d'ailleurs ce jugement avait précédemment reçu la publicité requise dans l'arrondissement où il avait été rendu?*

Un jugement en dernier ressort du tribunal de commerce de Rouen, du 19 janvier 1818, avait adopté l'affirmative, en condamnant par corps le sieur Isabelle fils à payer une lettre de change de 160 francs qu'il avait acceptée dans l'arrondissement de Rouen, après l'accomplissement dans l'arrondissement du Havre où était son domicile de droit, des formalités prescrites par le Code civil pour assurer la publicité d'un jugement du tribunal de ce dernier arrondissement qui lui avait nommé un conseil judiciaire.

Mais, sur le recours en cassation du sieur Isabelle lui-même, arrêt est intervenu, le 29 juin 1819, au rapport de M. Minier, par lequel,

« Vu les art. 501, 502 et 513 du Code civil.....;

» Considérant que, dans l'espèce, la nomination d'un conseil a été provoquée par le sieur Isabelle père dans l'intérêt de son fils; qu'un conseil de famille a été convoqué en exécution d'un jugement rendu par le tribunal du Havre; que ce conseil a été d'avis unanime qu'il était urgent de donner un conseil audit sieur Isabelle fils, dans son intérêt personnel et dans celui de ses enfans; que cette nécessité a éte reconnue par lui-même, ainsi que cela résulte de l'interrogatoire par lui subi devant le tribunal du Havre, et qui a précédé le jugement rendu par ce même tribunal, le 4 août 1813, par lequel il lui a été donné un conseil;

» Considérant qu'après ce jugement, toutes les formalités prescrites par l'art. 501 ont été rigoureusement observées; qu'il a notamment été inscrit sur le tableau affiché dans la salle de l'auditoire du Havre et dans les études de tous les notaires de l'arrondissement;

» Considérant que c'est à l'observation de ces seules formalités que la loi attache l'effet que doit produire la nomination d'un conseil, effet qui consiste à annuler de droit tous les actes passés sans l'assistance du conseil par celui à qui il en a été donné un, à partir du jour du jugement qui l'a nommé;

» Considérant que les articles cités n'exigent pas que les formalités précédemment rappelées soient renouvelées dans tous les arrondissemens où il plairait à l'interdit de contracter sans l'assistance de son conseil; d'où il suit qu'en supposant, contre le texte précis de l'art. 501, que la publication aurait dû être faite à Rouen antérieurement à l'acceptation de la lettre de change qui faisait l'objet du procès, le tribunal de commerce de Rouen a commis un *excès de pouvoir* (1), et, par suite, violé les art. 501, 502 et 503 du Code civil;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle...»

TAILLE. *V.* l'article *Bail*, §. 7.

TAILLE A VOLONTÉ. *V.* l'article *Main-morte* (*droit de*).

TASQUE. *V.* l'article *Terrage*.

TAXE DE DÉPENS. §. I. 1° *Les Taxes de dépens en matière sommaire, sont-elles susceptibles d'opposition après les trois jours de la signification du jugement à avoué?*

2° *Le délai de trois jours commence-t-il à courir contre la partie condamnée aux dépens, avant qu'elle ait pu obtenir copie de la taxe?*

3° *Peut-on, lorsque le délai de l'opposition est expiré, se pourvoir en cassation contre une Taxe de dépens?*

V. le plaidoyer et l'arrêt du 28 mars 1810, rapportés au mot *Serment*, §. 4.

§. II. *Un jugement rendu en matière sommaire, peut-il être cassé sur le fondement que la liquidation des dépens ne se trouve que dans la minute et non dans l'expédition?*

Non, car la minute du jugement est en règle par cela seul que l'on y a porté la liquidation des dépens; et comment pourrait-on casser un jugement à raison d'une irrégularité qui ne se trouve que dans l'expédition? Le jugement réside essentiellement dans la pièce qui en forme la minute. Les vices de l'expédition peuvent bien donner lieu à quelques actions, à quelques exceptions, en faveur de la partie

(1) C'est toujours avec un nouveau regret que je vois de prétendus *excès de pouvoir* qui n'ont pas même l'apparence de ce que la loi entend par ces mots, se mêler dans les motifs les mieux fondés des arrêts de la cour de cassation. *V.* les conclusions du 4 août 1813, rapportées au mot *Assignation*, §. 5, n° 2.

Digitized by Google

contre laquelle des poursuites sont exercées en vertu de l'expédition même; mais ces actions, ces exceptions, n'atteindront jamais la substance du jugement; on les fera même cesser, en levant une nouvelle expédition.

Cependant le sieur Dessous-Lalande a, depuis peu, entrepris de faire casser un jugement en dernier ressort du tribunal civil de l'arrondissement de Clamecy, qui le condamnait à payer au sieur Bouquerot, avoué, avec dépens, le montant de quelques frais dont il avait fait l'avance; et cela, sous le prétexte que le sieur Bouquerot avait fait expédier ce jugement avant d'avoir liquidé les frais de la procédure sur laquelle il était intervenu, et que la liquidation de ces frais n'avait été inscrite sur la minute, qu'après que l'expédition lui avait été délivrée et qu'il en avait fait signifier la copie à sa partie adverse.

« 1° L'art. 543 du Code de procédure (disait-il), veut que la liquidation des dépens en matière sommaire, soit faite *par le jugement* qui les adjuge; dès que le jugement lui-même doit renfermer cette liquidation, il est essentiel qu'elle se trouve dans l'expédition comme dans la minute; car ce n'est que par l'expédition délivrée à la partie qui a obtenu gain de cause, et par la copie qu'elle en signifie à l'autre partie, que toutes les deux peuvent s'assurer si le jugement renferme les énonciations et les formalités prescrites.

» 2° L'art. 1er du décret du 16 février 1807, en rappelant la disposition de l'article cité du Code de procédure, détermine la manière de l'exécuter; et il veut qu'à cet effet, l'avoué qui a obtenu la condamnation, remette, *dans le jour*, au greffier, l'état des dépens adjugés, *pour que la liquidation en soit insérée dans le dispositif de l'arrêt ou du jugement.*

» 3° Enfin, ce n'est que dans les matières ordinaires où la liquidation des dépens doit être faite par l'un des juges, que l'art. 2 du même décret permet d'expédier et de délivrer le jugement avant que la liquidation soit faite; et rendre cette disposition commune aux matières sommaires, ce serait méconnaître la ligne de démarcation formellement tracée par le Code et par le décret du 16 février 1807 ».

Par arrêt du 2 mai 1810, au rapport de M. Pajon,

« Attendu que la Taxe des dépens en matière sommaire, quoique prescrite par le Code de procédure civile, ne peut néanmoins se prononcer à l'audience, et qu'il suffit qu'elle soit énoncée dans la minute du jugement, ce que le demandeur ne dénie pas avoir eu lieu dans l'espèce de la cause;

» La cour rejette le pourvoi..... ».

§. III. *Avant le Code de procédure civile, une Taxe de dépens faite sur des états non communiqués, était-elle susceptible d'opposition?*

V. l'article *Dépens*, §. 4.

§. IV. *Autres questions sur les Taxes de dépens.*

V. les articles *Cassation*, §. 42 et 52, et *Copie*, §. 4.

TAXE D'ENTRETIEN DES ROUTES.

§. I. *Quelles étaient, avant la loi du 24 avril 1806, qui a supprimé la Taxe d'entretien des routes, les attributions respectives de l'autorité administrative et du pouvoir judiciaire, pour les contestations qui s'élevaient au sujet de cette taxe?*

Voici les observations que j'ai faites à ce sujet, en portant la parole à l'audience de la cour de cassation, section des requêtes, le 3 pluviôse an 10, sur une demande en cassation formée par mon prédécesseur, en vertu d'ordre du gouvernement, contre deux jugemens rendus par la justice de paix de St.-Denis, les 18 et 23 floréal an 9, contre le sieur Claye et le fermier de la Taxe d'entretien des routes :

« Est-ce au pouvoir judiciaire ou à l'autorité administrative, qu'il appartient de décider si tel citoyen, en franchisssant avec sa voiture ou son cheval, pour arriver à son habitation, une barrière placée à un point quelconque de sa commune, contracte ou ne contracte pas l'obligation de payer le droit déterminé par le tarif de la Taxe d'entretien des routes? Telle est la question que vous présente cette affaire.

» Pour la résoudre, il faut bien saisir les dispositions et l'esprit des lois des 3 nivôse an 6 et 14 brumaire an 7.

» La loi du 3 nivôse an 6 distingue deux sortes de perceptions à faire en conséquence de ses dispositions : celle des droits qu'elle tarife suivant les différentes espèces de voitures et le nombre des chevaux, mulets, ou autres bêtes de somme ou de trait; et celle des amendes.

» Sur le premier objet, la loi attribue toute juridiction à l'autorité administrative. Cela résulte des art. 45, 46, 47 et 48, lesquels sont ainsi conçus :

» Art. 45. *Les contestations* CIVILES *résultantes de l'établissement de la taxe d'entretien, seront jugées administrativement.*

» Art. 46. *Les contestations qui pourraient s'élever à une barrière,* SUR L'APPLICATION DU TARIF ET SUR LA QUOTITÉ *de la taxe exigée par*

Digitized by Google

le receveur, seront portées DEVANT L'AGENT MUNICIPAL *le plus voisin, et par lui décidées sommairement sans frais et sans formalités.*

» Art. 47. *Néanmoins les préposés à la recette ne pourront être distraits ni déplacés de leur bureau pour suivre lesdites contestations; ils ne seront tenus que d'adresser à* L'AGENT MUNICIPAL, *un exposé sommaire de leur demande, ou de donner pouvoir à un citoyen pour les défendre.*

» Art. 48. *L'agent municipal pourra se transporter au bureau, lorsqu'il le croira nécessaire pour connaître les faits.*

» Il est bien évident que, d'après ces dispositions, il n'appartient qu'à l'agent municipal de prononcer, non-seulement sur les contestations relatives à la quotité du droit, mais encore sur celles où il s'agit de savoir si un droit quelconque est ou n'est pas dû, si le tarif est applicable à tel ou tel individu placé dans telle ou telle circonstance, allant vers tel point, ou venant de tel autre. D'une part, en effet, l'art. 46 comprend dans sa disposition tous les différends qui s'élèvent sur *l'application du tarif*, comme ceux qui ne roulent que sur la *quotité de la taxe;* et de l'autre, il est clair que l'une et l'autre espèce de différends rentrent également dans la classe des contestations *civiles* dont l'art. 45 attribue indistinctement la connaissance à l'autorité administrative.

» A l'égard des amendes, la loi du 3 nivôse an 6 ne détermine pas expressément l'autorité qui aura le droit de les prononcer; seulement elle les fixe pour certains cas à 25 francs; pour d'autres à 50 francs, et pour d'autres encore à 100 francs (art. 9, 10, 11 et 13). Mais ces amendes sont des peines; et, dès-là, le droit de les prononcer ne peut appartenir qu'aux tribunaux. Aussi voyons-nous que c'est dans les tribunaux que l'art. 50 suppose résider le pouvoir exclusif de statuer sur les *délits commis contre* les préposés à la perception de la taxe; et que, parmi ces délits, il s'en trouve que l'art. 11 punit d'une amende de 50 francs. La loi du 3 nivôse an 6 est donc censée, sur ce point, s'en référer à l'art. 233 de la constitution de l'an 3, qui délègue aux tribunaux correctionnels la connaissance exclusive de tous les délits dont la peine n'est ni infamante ni afflictive, et néanmoins excède la *valeur de trois journées de travail* ou trois jours d'emprisonnement. Et c'est, en effet, ainsi que la loi a été exécutée pendant près de deux ans, relativement à la poursuite et au jugement des amendes.

» Mais on s'est bientôt aperçu que cette marche entrainait des inconvéniens aussi graves que multipliés. Les tribunaux correctionnels siégeant à de grandes distances de la plupart des barrières, il en résultait, pour les préposés, des déplacemens qui nuisaient au service; et pour la répression des délits, des longueurs qui favorisaient les contrevenans.

» Il était cependant impossible, en maintenant les amendes au taux auquel les avait élevées la loi du 3 nivôse an 6, d'en ôter la connaissance aux tribunaux correctionnels: la constitution de l'an 3 s'y opposait. Et d'un autre côté, l'intérêt public s'opposait aussi à ce qu'on les réduisît à la valeur de trois journées de travail; car c'eût été enhardir les infracteurs et ouvrir la porte à une foule de contraventions journalières.

» Entre ces deux partis, la loi du 14 brumaire an 7 a pris un milieu propre à concilier avec l'intérêt public, le respect pour le texte littéral de la constitution d'alors. Elle a déclaré, art. 18, que *les* AMENDES *prononcées pour fraude et contravention aux lois relatives à la Taxe d'entretien des routes, seraient converties en une* TAXE FIXE, *équivalente au montant desdites amendes, et indépendantes des droits réglés par le tarif.*

» Ainsi, la dénomination de *taxe fixe* a été substituée à celle *d'amende;* et, quoique sous un nom différent, ce fût toujours la même chose, cependant le corps législatif s'est cru autorisé, par ce seul changement, à distraire de la compétence exclusive des tribunaux correctionnels, et à attribuer à des juges plus rapprochés des barrières, la connaissance et le jugement de certaines contraventions auxquelles la loi du 3 nivôse an 6 avait attaché des peines pécuniaires.

» De là, l'art. 25 de la loi du 14 brumaire an 7, qui porte: *Le juge de paix du canton prononcera sans appel et en dernier ressort, lorsque,* NON COMPRIS LE DROIT, *la taxe fixe n'excédera pas 50 francs; et pour le surplus, il renverra aux tribunaux compétens.*

» Que signifient, dans cet article, les termes, *lorsque*, NON COMPRIS LE DROIT? Veulent-ils dire que le juge de paix pourra statuer en dernier ressort, et sur le droit et sur la taxe fixe, quoique l'un et l'autre réunis excèdent 50 francs? Pour leur prêter ce sens, il faudrait supposer que la loi du 14 brumaire an 7 a voulu déroger, en cette matière, à la règle générale établie par la loi du 24 août 1790; que, dans tout ce qui s'élève au-dessus de 50 francs, les tribunaux de paix ne peuvent juger qu'à la charge de l'appel; et il n'est pas vraisemblable qu'une telle dérogation soit entrée dans les vues du législateur: c'eût été introduire, dans l'ordre judiciaire,

Digitized by Google

une bigarrure qu'aucun motif raisonnable n'eût pu justifier.

» Il faut donc donner un autre sens aux mots *non compris le droit;* et pour le trouver, il n'est pas besoin de grands efforts d'imagination, il suffit de se reporter au mode du jugement que la loi du 3 nivôse an 6 a institué pour le *droit* d'entretien des routes. Vous vous rappelez que toutes les contestations relatives à ce droit, tant pour savoir s'il est dû, que pour savoir jusqu'à quelle quotité il est exigible, sont déléguées par cette loi à l'autorité administrative. Ces mots, *non compris le droit,* signifient donc que le juge de paix, en prononçant sur l'amende déguisée sous le nom de *taxe fixe,* ne doit pas s'occuper du *droit;* et pourquoi ne doit-il pas s'en occuper? Parceque ce n'est pas à lui qu'en appartient la connaissance; parceque c'est à l'autorité administrative que la connaissance en est attribuée par la loi du 3 nivôse an 6; parcequ'enfin les dispositions de la loi du 3 nivôse an 6, sur le mode de jugement des *contestations civiles* auxquelles peut donner lieu le droit d'entretien des routes, sont maintenues dans leur parfaite intégrité...

» Voilà, il n'en faut pas douter, ce qu'entend l'art. 25 de la loi du 14 brumaire an 7, par les mots, *non compris le droit;* et ce qui porte cette vérité au plus haut degré d'évidence, c'est la manière dont s'explique l'art. 20 : *Les décisions* (porte-t-il) *rendues administrativement par l'agent municipal ou son adjoint, dans les cas prévus par les art.* 45, 46, 47 et 48 *de la loi du* 3 *nivôse, seront exécutées sans recours.* Il résulte bien clairement de là, que les art. 45, 46, 47 et 48 de la loi du 3 nivôse an 6 n'ont reçu, des dispositions de la loi du 14 brumaire an 7, aucune espèce d'atteinte, et qu'ils subsistent encore dans toute leur vigueur. Or, encore une fois, de ces quatre articles, le premier veut sans réserve, sans exception, sans restriction quelconque, que *les contestations* CIVILES *résultantes de l'établissement de la Taxe d'entretien,* soient *jugées administrativement;* et encore une fois, l'art. 46 soumet au jugement exclusif de l'agent municipal, toutes les contestations qui pourraient s'élever et sur la *quotité du droit* et sur *l'application du tarif.*

» Donc la loi du 14 brumaire an 7 n'a rien changé à la ligne de démarcation que la loi du 3 nivôse an 6 avait tracée entre l'autorité administrative et le pouvoir judiciaire, par rapport aux contestations élevées au sujet ou à l'occasion du droit dont il s'agit. Elle a bien transféré des tribunaux correctionnels aux juges de paix, la connaissance des fraudes et des contraventions punissables par voie d'amende de 50 francs et au-dessous; mais elle a laissé le pouvoir judiciaire en général dans la même circonscription qui avait été établie en nivôse an 6; et ce qui, en nivôse an 6, avait été délégué à l'autorité administrative, est demeuré dans le domaine de celle-ci.

» Donc le tribunal de paix de Saint-Denis a excédé ses pouvoirs et entrepris sur l'autorité administrative, et lorsque, par son jugement du 18 floréal an 9, il s'est déclaré compétent pour connaître de la question de savoir si le cit. Claye devait payer le droit, en passant avec sa voiture et ses chevaux par la barrière dite *du Pont de Cron,* pour arriver à sa maison; et lorsque, par un second jugement du 23 du même mois, il a décidé cette question en faveur du cit. Claye.

» Donc il y a lieu de casser ces deux jugemens pour violation des art. 45 et 46 de la loi du 3 nivôse an 6, pour fausse application de l'art. 25 de la loi du 14 brumaire an 7, pour contravention à l'art. 29 de la même loi, en un mot, pour usurpation de pouvoir; et c'est à quoi nous concluons, en persistant dans les fins du réquisitoire du 20 frimaire dernier ».

Sur ces conclusions, arrêt, au rapport de M. Boyer, le 3 pluviôse an 10, par lequel,

« Attendu que, d'après la combinaison des lois des 3 nivôse an 6 et 14 brumaire an 7, relatives à la taxe d'entretien des routes, les contestations civiles relatives à l'application du tarif, sont de la compétence de l'autorité administrative;

» Le tribunal, faisant droit sur le réquisitoire du commissaire du gouvernement du 29 frimaire dernier,

» Annulle, pour excès de pouvoir et usurpation de l'autorité administrative, les jugemens rendus par le tribunal de paix de la commune de Saint-Denis, les 18 et 23 floréal de l'an 9, entre le cit. Remy Claye et le fermier de la Taxe d'entretien des routes aux barrières de cette commune, lesquels seront regardés comme non-avenus.... ».

Des arrêts semblables ont été rendus par la même section, sur mes réquisitoires, et dans le seul interêt de la loi, le 14 pluviôse et le 13 ventôse an 10.

Il y en a aussi deux de la section civile du 22 nivôse an 11 : l'un a été rendu, comme les deux précédens, sur mon réquisitoire; l'autre l'a été sur le recours du sieur Chevremont contre un jugement d'une des justices de paix de Rouen.

Digitized by Google

§. II. *Avant la loi du 24 avril 1806, était-ce aux juges civils ou aux tribunaux correctionnels qu'appartenait la connaissance des injures proférées et des violence exercées contre les préposés à la perception des droits de passe?*

« Le commissaire du gouvernement près le tribunal de cassation expose qu'il est chargé par le gouvernement d'appeler la censure du tribunal sur un jugement rendu en dernier ressort, le 23 fructidor an 10, par le tribunal civil de l'arrondissement de Morlaix, département du Finistère.

» Il paraît par ce jugement même et par les pièces y annexées, que le cit. Riverieux, officier du génie, passant à cheval, le 24 thermidor an 10, à la barrière dite de Pouthoux, placée à l'une des extrémités de la commune de Morlaix, les préposés à la perception de la Taxe d'entretien des routes, se présentèrent pour recevoir de lui le droit fixé par le tarif; qu'il s'y refusa, sur le fondement qu'il était militaire, et voyageait pour cause du service public, par ordre de ses supérieurs; que, pour justifier cet ordre, il exhiba sa feuille de route; que les préposés n'ayant pas égard à sa réclamation, il se rendit auprès du sous-préfet qui, par une lettre adressée sur-le-champ aux préposés eux-mêmes, décida que cet officier devait passer sans payer aucun droit; que cependant les préposés dressèrent contre lui un procès-verbal, par lequel ils lui imputèrent de les avoir injuriés grossièrement; que ce procès-verbal a été remis au juge de paix, qui l'a déposé au greffe du tribunal civil de l'arrondissement de Morlaix; et que c'est en conséquence de ce dépôt, qu'a été rendu le jugement dont il s'agit.

» La première question qu'avait à juger ce tribunal, était celle de sa propre compétence; et pour la juger en sa faveur, il a considéré que l'amende encourue pour insulte envers les préposés à la perception de la Taxe d'entretien des routes, est fixée à cent francs par l'art. 11 de la loi du 3 nivôse an 6; que, d'après la lettre circulaire du ministre de la justice, du 28 frimaire an 7, *cette amende convertie en taxe fixe* (par la loi du 14 brumaire an 7), *doit être considérée comme une amende pour contravention aux lois sur la Taxe d'entretien des routes; et qu'à raison de sa quotité, elle doit être prononcée par les tribunaux civils.*

» Ainsi, le tribunal civil de Morlaix a pensé que, par cela seul que la loi du 14 brumaire an 7 avait converti en taxes fixes les amendes pour fraude et contravention par la loi du 3 nivôse an 6, la connaissance des délits prévus par l'art. 11 de cette dernière loi, avait cessé d'appartenir aux officiers de police, aux directeurs du jury, et par suite, aux tribunaux correctionnels.

» Et il faut convenir que cette opinion avait été adoptée par la lettre circulaire du ministre de la justice, qui est citée dans le jugement dont il s'agit.

» Mais le tribunal civil de Morlaix aurait dû faire attention, d'une part, que cettre lettre ministérielle avait été révoquée par une autre du 21 fructidor an 7; de l'autre, que les cas prévus par l'art. 11 de la loi du 3 nivôse an 6, ne sont pas précisément les fraudes et contraventions au droit de passe, mais les injures dites, les insultes faites à des agens de la république, injures et insultes qui constituent des délits distincts, et qui, par la qualité des personnes envers lesquelles ils sont commis, rentrent de plein droit, aux termes de l'art. 19 du tit. 2 de la loi du 22 juillet 1791, dans les attributions de la police correctionnelle.

» Aussi la question s'étant présentée au tribunal de cassation, sur le recours du commissaire du gouvernement près le tribunal civil du département de la Gironde, qui s'était déclaré incompétent pour connaître de ces sortes d'injures et d'insultes, le tribunal de cassation n'a fait aucune difficulté de rejeter ce recours et de confirmer le jugement contre lequel il était dirigé. Ce rejet a été prononcé le 8 fructidor an 7,

» *Attendu que l'art. 18 de la loi du 14 brumaire dernier ne convertit en taxes fixes que les amendes encourues pour fraude et contravention aux lois relatives à la Taxe d'entretien des routes, c'est-à-dire, les amendes de 25 et 50 francs prononcées par les art. 9 et 10 de la loi du 3 nivôse an 6, contre ceux qui n'ont pas une plaque à leur voiture, ou qui se refusent au paiement du droit, et non celles encourues pour insultes et mauvais traitemens envers les préposés, cas qui est l'objet du procès, et qui est celui prévu par l'art. 11 de la loi du 3 nivôse an 6, et aussi celles de 15 et 25 francs prononcées par les art. 10 et 20 de la loi du 14 brumaire de l'année suivante;*

» *Que de l'art. 26 de la même loi du 14 brumaire dernier, il résulte clairement qu'il a été dans l'esprit du législateur d'attribuer certains cas aux tribunaux de police correctionnelle, puisque cet article, après avoir dit que les procès-verbaux des inspecteurs et percepteurs de la Taxe d'entretien des routes, feront foi jusqu'à inscription de faux en matière de fraude et de contravention*, ajoute *ces mots :* et en matière de police correctionnelle jusqu'à preuve contraire, *pour certains cas prévus par ces deux lois, et que ces cas*

Digitized by Google

sont : 1° lorsqu'il s'agit d'appliquer la peine de 100 francs d'amende contre celui qui insulte et maltraite les préposés à la Taxe d'entretien des routes : 2° lorsqu'il s'agit de peines plus graves, si ces insultes et mauvais traitemens ont été suivis de violences, d'excès tels qu'il échût peine plus forte ;

» *Qu'enfin, les procès-verbaux des inspecteurs et percepteurs devant faire foi jusqu'à inscription de faux pour tout ce qui doit être décidé par voie civile et seulement en matière de fraude et de contravention au droit de passe, tandis que, pour les cas dévolus à la police correctionnelle, la preuve contraire peut détruire l'effet du procès-verbal, quant aux insultes et mauvais traitemens, sans avoir besoin de passer à l'inscription de faux ; on ne peut, tant que la loi ne s'en sera pas expliquée clairement, enlever aux tribunaux correctionnels le droit que la loi générale de leur institution leur donne de connaître de tous délits passibles d'une amende au-dessus de trois journées de travail ou d'un emprisonnement de plus de trois jours, et priver les citoyens de la faculté que leur laisse l'art. 26 de la loi du 14 brumaire dernier, de détruire, par la preuve contraire, les faits consignés dans un procès-verbal des préposés, par rapport aux insultes et mauvais traitemens qui y seraient articulés ;*

» *Que l'art. 25 de la même loi ne parlant que des amendes de 50 francs qui, converties en taxes fixes, peuvent être appliquées par le juge de paix du canton, en renvoyant* pour le surplus *aux tribunaux compétens, sans d'autres explications ; on doit pour ce* surplus *se référer aux lois générales sur les attributions particulières des tribunaux ;*

» *Qu'en conséquence, le tribunal civil du département de la Gironde, en se déclarant, par son jugement du 2 floréal dernier, incompétent, et obtempérant au déclinatoire de Jacques Favereau, a suivi le vœu de la loi puisqu'il s'agissait d'appliquer la peine d'une amende de 100 francs ; ce qui était de la compétence du tribunal de police correctionnelle;*

» D'après un jugement aussi formel et aussi bien motivé, l'exposant ne doit pas hésiter à requérir, et il requiert, en effet, qu'il plaise au tribunal de cassation, vu l'art. 80 de la loi du 27 ventôse an 8, l'art. 11 de la loi du 3 nivôse an 6, les art. 18 et 26 de la loi du 14 brumaire an 7, casser et annuler, pour l'intérêt de la loi, le jugement du tribunal civil de l'arrondissement de Morlaix, du 23 fructidor an 10, et ordonner qu'à la diligence de l'exposant, le jugement de cassation à intervenir sera imprimé et transcrit sur les registres dudit tribunal.... *Signé* Merlin.

» Ouï le rapport fait par Jean-Aimé Delacoste, l'un des juges.....;

» Attendu qu'il résulte du procès-verbal, que le cit. Riverieux n'est pas poursuivi comme prévenu de fraude ou contravention à la perception du droit de passe, mais comme ayant proféré des injures grossières contre les préposés à cette perception, et les ayant menacés ;

» Que le jugement dénoncé atteste que c'est là le résultat des faits sur lesquels le tribunal avait à examiner sa compétence;

» Attendu que l'art. 18 de la loi du 14 brumaire an 7 n'a converti en taxes fixes que les amendes prononcées par la loi du 3 nivôse an 6, pour fraude et contravention ; que ces amendes pour fraude et contravention, ne sont ni dans la lettre ni dans l'esprit de la loi, celle prononcée par l'art. 11 de celle du 3 nivôse, contre tout individu *qui injurie ou maltraite les préposés;* que cette dernière amende, infligée par cet article, est tellement considérée par le législateur comme peine d'un délit, qu'il a ajouté, *et de plus graves, le cas échéant;* que l'art. 25 de la loi du 14 brumaire an 7, en renvoyant *pour le surplus aux tribunaux compétens*, et l'art. 26 de la même loi, en décidant que les procès-verbaux des préposés font preuve jusqu'à inscription de faux en matière de fraude et contravention, en ajoutant: *en matière de police correctionnelle, jusqu'à preuve contraire*, ont suffisamment écarté les doutes qu'on a pu élever sur la latitude de la disposition de l'art. 18; que ces articles ont décidé que l'attribution donnée par les lois organisatrices de la police correctionnelle, était conservée pour le surplus des cas prévus pour faire acquitter le droit de passe, et qu'il n'était pas dérogé à la compétence des tribunaux pour les poursuites qui tendraient à faire constater des injures ou des voies de fait;

» Attendu que, d'après ces dispositions des deux lois et le résultat reconnu du procès-verbal des préposés contre le cit. Riverieux, le tribunal civil de l'arrondissement de Morlaix n'a pu se déclarer compétent, et prononcer, comme tel, une condamnation pour injures et menaces ;

» Vu l'art. 80 de la loi du 27 ventôse an 8, l'art. 11 de la loi du 3 nivôse an 6, les art. 18, 25 et 26 de la loi du 14 brumaire an 7;

» Le tribunal, faisant droit sur le réquisitoire du commissaire du gouvernement, casse et annulle, pour l'intérêt de la loi, le jugement rendu le 23 fructidor an 10, par le tribunal

Digitized by Google

civil de l'arrondissement de Morlaix, département du Finistère.....

» Fait et jugé à l'audience du tribunal de cassation, section des requêtes, le 23 ventôse an 11.....».

TÉMOIN INSTRUMENTAIRE. §. I. *Dans les lieux où était reconnu valable, avant la loi du 6 octobre 1791, tout contrat passé devant un notaire et deux témoins, suffisait-il, avant la loi du 5 ventôse an 11, que l'un des deux témoins sût signer, lorsque les parties contractantes ou l'une d'elles ne le savaient pas ?*

V. l'article *Signature*, §. 1.

§. II. *Un témoin est-il censé signer, lorsqu'incapable de le faire par lui-même, il se laisse conduire la main, et que, par la manière dont on dirige les traits de la plume qu'on lui fait tenir, on parvient à figurer toutes les lettres qui composent son nom ?*

Cette question s'est présentée en 1783, dans un tribunal inférieur du ci-devant Cambresis, La sentence a déclaré nul le testament dont il s'agissait, et il a été ensuite sévi contre le notaire, par un arrêt du parlement de Douai, du 24 mars 1784, rendu sur un procès criminel instruit à la requête du ministère public.

§. III. *Peut-on, à l'aide d'une plainte en faux principal, ou d'une inscription de faux incident, prouver, par la déposition des témoins mêmes d'un testament ou de tout autre acte notarié, qu'ils n'ont pas assisté à la confection entière de cet acte ?*

J'ai cité dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Témoin instrumentaire*, §. 2, n° 8, trois arrêts du parlement de Paris, des 19 février 1659, 7 avril 1664 et 16 juin 1745, qui jugent pour la négative.

Dans une cause semblable, Perodon, notaire, fut déchargé par arrêt du même parlement, du 15 mai 1746, d'une accusation de faux intentée contre lui, et uniquement fondée sur les dépositions des Témoins instrumentaires de l'acte dont il s'agissait.

L'année suivante, le 19 août, pareil arrêt au sujet du testament de Claude Balme. Il est rapporté, ainsi que le précédent, par Serpillon, dans son *Code du faux*, pages 430 et suivantes, édition de 1774.

Le même principe a été invoqué et développé avec beaucoup d'étendue, dans une instance jugée au même parlement, en 1779. Voici les faits qui avaient donné lieu à la contestation :

Le 22 octobre 1778, Varenne fait un testament devant Deganne, notaire à Avize, en présence de deux témoins. Daverton y est institué légataire universel. L'acte est ainsi terminé : « Ce qui fut fait et passé à Cramant, » dans la chambre du testateur....., par moi » notaire soussigné, et en présence de sieur » Gilles Doublet, demeurant à Vertus, étant » en ce moment chez ledit sieur testateur, et » *de Louis Pointe...*, demeurant à Avize, » *appelés à l'effet des présentes ;* lesquels ont » souscrit la minute comme témoins, au dé» faut d'un autre notaire ; ledit testateur a » signé avec nous, et paraphé toutes les pages » du présent testament, et auquel lecture à » été faite et refaite, mot après autre, par moi » notaire, en présence desdits témoins ; et a » dit avoir tout ce que dessus bien et au long » entendu, et a dit n'avoir rien à y changer, » ni à ajouter, et y persister ».

Le lendemain 23, décès du testateur.

Le 11 décembre suivant, les héritiers prennent la voie criminelle contre le testament. Ils exposent par leur plainte, « que deux heu» res avant le testament, le testateur était à » l'agonie, ne parlait plus, n'a pu conséquem» ment dicter son testament...; que l'énon» ciation qu'il a dictée est fausse..... ; que » Louis Pointe, l'un des témoins, n'était pas » présent, lorsqu'on a dicté, lu et relu le tes» tament ; qu'il ne l'a point vu écrire ni sig» ner ; qu'il est seulement monté à six heures » du soir, dans l'appartement ; qu'il en est » descendu sur-le-champ, ayant trouvé le » sieur Varenne sans parole ; que Pointe n'a » signé le testament que le lendemain, et » qu'alors le testateur était mort... ; que des » personnes intéressées ont mis tout en œuvre » auprès de Pointe, pour le solliciter à ne pas » dire qu'il n'avait signé qu'après la mort...».

Un grand nombre de témoins déposent sur cette plainte ; mais tous ne parlent que d'ouï-dires émanés de Pointe.

Cependant, par sentence du 30 avril 1779, Deganne, notaire, est « déclaré dûment at» teint et convaincu d'avoir assuré que Pointe » avait été présent dans tout le temps de la » rédaction du testament..... d'être véhé» mentement suspect de ne l'avoir fait signer » audit Pointe, que le lendemain de la mort » du testateur ». En conséquence, il est interdit de ses fonctions pendant un an. Gilles Doublet et Louis Pointe sont pareillement déclarés « atteints et convaincus d'avoir, con» tre la vérité, attesté que Louis Pointe était

Digitized by Google

» présent... pendant toute la rédaction du » testament » ; et ils sont admonestés.

Daverton et Deganne interjettent appel de cette sentence, et de toute la procédure qui en était la base.

La solennité d'un testament (disent-ils) peut-elle dépendre du parjure d'un Témoin instrumentaire, assez peu délicat pour démentir, dans le cours d'une instruction criminelle, la vérité que sa signature avait garantie dans un acte authentique? Si l'affirmative de cette question pouvait être adoptée, ce serait altérer la foi publique, ébranler les fortunes, rendre les propriétés incertaines, et surtout exposer au danger inévitable du faux témoignage, l'état, l'honneur, peut-être même la vie des officiers publics, auxquels le ministère des témoins est nécessaire pour la rédaction de leurs actes. Pointe, l'un des Témoins instrumentaires au testament de Varenne, a osé (avant que les héritiers fussent instruits que le défunt avait testé) menacer que, pour cent écus, il ferait casser ses dernières dispositions; qu'il dirait n'avoir signé l'acte qu'après la mort du testateur. C'est ce Pointe qui a été l'instigateur de la plainte, et qui, mettant son témoignage à prix, a réalisé ses menaces, a démenti au procès ce qu'attestait sa signature authentiquement reçue au pied de l'acte. De bonne foi, est-ce sur la parole d'un pareil témoin, qu'un notaire peut être inculpé?

Sur ces raisons, appuyées d'un grand nombre d'autorités, arrêt du 31 août 1779, au rapport de M. Robert de Saint-Vincent, qui « met les appellations et ce dont a été appelé » au néant, émendant, faisant droit sur les » conclusions du procureur général du roi, » et ayant aucunement égard aux requêtes et » demandes desdits Daverton, Deganne et » Doublet.....; sans s'arrêter à celles de.... » héritiers dudit feu Pierre-Philibert Va- » renne, dont ils sont déboutés, déclare la » plainte dudit jour 11 décembre 1778 et » toute la procédure extraordinaire qui l'a » suivie, ensemble la sentence définitive du » 30 avril dernier, nulles; déclare pareille- » ment nul et vexatoire, l'emprisonnement » de Pierre-Louis Deganne...; ordonne que » ses écrous seront rayés et biffés...; or- » donne que le testament fait par Pierre- » Philibert Varenne, reçu par Deganne, no- » taire à Avize, et témoins, le 22 octobre » 1778, sera exécuté selon sa forme et te- » neur; en conséquence, que ledit Daverton » sera et demeurera saisi, en sa qualité d'exé- » cuteur testamentaire, des biens et effets » de la succession dudit Pierre-Philibert Va- » renne, à l'effet d'accomplir et d'exécuter » ledit testament; comme aussi fait déli- » vrance audit Daverton, du legs universel à » lui fait par ledit testament...; ordonne que » les inventaires faits après le décès dudit » Varenne, ensemble tous les titres et pièces » inventoriés seront remis audit Daverton...; » ordonne pareillement que le testament dudit » Varenne... sera exécuté à l'égard d'Alexan- » drine-Antoine Varenne...; condamne lesdits » héritiers Varenne solidairement en 1,200 » livres de dommages-intérêts envers ledit » Daverton; en 3,000 livres aussi de dom- » mages et intérêts envers ledit Deganne; et » en 500 livres envers ledit Doublet; or- » donne que les termes injurieux auxdits » Daverton et Doublet, répandus dans les » différens mémoires et requêtes desdits héri- » tiers Varenne seront, et demeureront sup- » primés; condamne lesdits héritiers Varenne » aux dépens envers toutes les parties....; » permet auxdits Daverton, Deganne et Dou- » blet, de faire imprimer et afficher l'arrêt ».

Voici une autre espèce dans laquelle un célèbre avocat-général a professé le même principe.

Le 22 juillet 1784, le sieur Veltier, marchand à Montenay, fait, au profit de sa femme, un testament qui est reçu par le sieur Clouard, notaire du duché de Mayenne, à la résidence d'Ernée, et en présence de trois témoins, savoir, Simié, Plu et Marpault. Il meurt le 31 du même mois.

Le 4 août suivant, le sieur Duval de la Bérangerie et la demoiselle Veltier, héritiers légitimes du testateur, présentent au juge d'Ernée une plainte par laquelle ils arguent le testament de faux, en ce que trois témoins qui y sont énoncés comme présens à son entière confection, ne se sont trouvés qu'à la clôture.

Une information s'ouvre sur cette plainte, et à peine est-elle achevée, que le juge renvoie à l'audience.

Sur l'appel des parties plaignantes, qui n'intiment que le procureur général, arrêt du 4 mai 1785, qui « met l'appellation, et ce » dont est appel au néant; émendant, or- » donne que le procès sera continué, fait et » parfait, jusqu'à sentence définitive inclusi- » vement, sauf l'appel; et qu'à la requête de » la Bérangerie, le notaire, les témoins, et » la veuve Veltier seront assignés pour être » ouïs sur les faits résultant des charges » et informations et autres sur lesquels il » voudra les faire interroger ».

En exécution de cet arrêt, de nouveaux té-

Digitized by Google

moins sont entendus. Le notaire et les témoins subissent leur interrogatoire. La veuve Veltier meurt.

Les choses en cet état, le sieur Clouard, notaire, appelle de la plainte et de tout ce qui s'en est suivi; forme une tierce-opposition à l'arrêt du 4 mai 1785, et conclud à ce qu'il plaise à la cour déclarer la procédure nulle, évoquer le principal, et le décharger de l'accusation.

La cause portée à l'audience de la tournelle, voici comment s'est expliqué M. l'avocat-général Séguier :

« Le testament le plus authentique est celui que le testateur a écrit lui-même et tout seul, parceque, dès qu'il s'agit de sa seule volonté, personne ne peut mieux la connaître et l'expliquer que lui-même.

» Mais lorsque, ne pouvant ou ne voulant pas mettre lui-même par écrit ses intentions, il se sert, pour les rédiger, d'une plume étrangère, la loi exige le ministère et l'intervention de deux officiers publics, ou d'un notaire et de plusieurs témoins, tantôt plus, tantôt moins, suivant la différente disposition des coutumes; et elle exige leur intervention pour qu'ils puissent certifier que chaque disposition, quoique tracée par une main qui n'est pas celle du testateur, a cependant été la pure et simple expression de sa volonté. Mais, pour qu'ils puissent certifier cela de chaque disposition, il faut qu'ils les aient entendues toutes; et que leur signature atteste que, quand le testament a été relu en leur présence, ils n'y ont trouvé que ce que le testateur avait ordonné lui-même. Telle est l'étendue du témoignage qui résulte de leur signature.....

» Ainsi, recevoir un testament, n'est pas seulement recevoir la signature du testateur et des témoins au bas d'un acte rédigé d'avance, d'après ses intentions connues ou précédemment écrites; c'est écrire ses intentions sous sa dictée, et les lui relire pour les lui faire ratifier; et puisque les testamens doivent être reçus par deux notaires, ou par un notaire en présence de témoins, il s'ensuit que le second notaire ou les témoins doivent être présens à la dictée, comme à la lecture du testament, puisque l'un et l'autre sont également parties intégrantes de sa réception.....

» Ainsi, quand un notaire et des témoins attestent par leur signature, qu'un testament a été reçu par et devant eux, ils déclarent solennellement qu'ils ont été présens à la confection entière du testament; qu'ils l'ont entendu dicter et relire; qu'ils l'ont vu signer par le testateur et les uns par les autres.

» Telle est, nous le répétons, l'**étendue** nécessaire de leur témoignage. Voyons **à présent** de quel poids il doit être, jusqu'**à quel** point et de quelle manière il peut **être attaqué**.

» Dès que les signatures sont **reconnues**, les actes sont la loi invariable, non **seulement** des parties contractantes, **mais encore** de ceux qui les ont signés. A l'égard **même** d'un acte fait par écritures privées, si **l'une** des parties veut l'attaquer, même par **la voie** de faux, on ne l'en croira pas, ni **aucun de ceux** qui y ont stipulé, sur leur **déclaration** que le contenu de cet acte n'est pas **conforme** à la convention. Et pourquoi? Parceque la signature dément perpétuellement la **déclaration**; et qu'il faut que ceux qui **affirment un** fait à la justice, n'aient pas déjà **attesté le** contraire. Lorsqu'un acte reçu par **un notaire** en présence de témoins, est argué de faux, ce ne sont pas non plus les notaires et témoins que l'on peut faire entendre pour prouver cette fausseté, parceque leur déposition serait en contradiction avec ce qui constate leur signature; il faut toujours des témoins étrangers qui prouvent la prévarication des premiers.

» Mais si l'on pouvait déroger, dans des circonstances particulières, à des principes si évidemment fondés en raison, ce ne pourrait jamais être à l'égard d'un testament; les témoins ne peuvent dire, sans impliquer contradiction avec eux-mêmes, qu'ils n'ont pas assisté à la confection du testament, parcequ'ils signent qu'ils y ont été présens; qu'ils ne l'ont pas entendu dicter, parcequ'ils signent qu'ils l'ont entendu; qu'il n'a pas été relu, parcequ'ils signent que la lecture en a été faite en leur présence. On ne peut absolument recevoir ni déclaration ni déposition d'un Témoin instrumentaire; sa déclaration n'est point juridique; elle est déclarée nulle par la loi, sans qu'il y ait à examiner si elle est contraire ou conforme à son premier témoignage. Elle n'y ajoute aucune force, si elle contient les mêmes faits; elle ne l'ébranle point, si elle en contient de contraires.

» D'ailleurs, quelle inégalité n'y a-t-il pas entre la foi due au témoin, lorsqu'il signe un testament comme revêtu d'un caractère légal, comme exerçant une fonction publique; et celle qu'on pourrait ajouter, soit à la déclaration extrajudiciaire du même homme, redevenu une personne privée, soit même à ce qu'il déclare sous la religion du serment, lorsqu'il est interrogé par la justice? Pour sentir cette énorme différence, il suffirait de considérer que la loi ne permet pas même de

Digitized by Google

douter de ce qu'il a attesté dans la première qualité jusqu'à l'inscription de faux; au lieu qu'elle permet toujours au juge, qu'elle lui recommande même de mesurer la croyance qu'il donnera au témoin qui dépose, sur sa condition, ses mœurs, ses qualités personnelles.

» Et si les mœurs du témoin doivent influer sur la foi due à sa déposition, quelle idée présente de lui-même, le Témoin instrumentaire qui vient démentir le contenu de l'acte qu'il a signé? Lorsqu'il signait le testament, la loi qui consacrait son ministère, le présumait honnête et digne de toute croyance. Le testateur qui l'appelait, confirmait, par sa confiance, cette présomption de probité. Mais, à l'instant même où il ouvre la bouche pour déposer contradictoirement à ce testament qu'il a signé, il se place dans l'alternative inévitable d'être ou d'avoir été un parjure. La justice, indignée, voit évidemment que l'homme qui lui parle, est un imposteur; sa seule incertitude est de savoir si c'est dans le moment actuel ou à l'époque précédente qu'il l'a trompée; et cette incertitude même fait qu'elle ne peut prononcer la faussete du premier acte, sur la seule confiance de cet être vil, parceque c'est peut-être en disant que l'acte est faux, qu'il commet son mensonge: il est donc impossible d'admettre le témoignage d'un pareil homme, qui, par son propre fait, est convaincu d'être indigne de toute foi.

» D'un autre côté, si les faits de dictée, lecture et signature du testament en présence des témoins énoncés dans le texte même de cet acte solennel, ne sont pas réellement conformes à la vérité, les Témoins instrumentaires, non plus que le notaire, n'ont aucun subterfuge pour échapper au crime; ils ne peuvent avoir été ni trompés ni surpris, s'être trompés ou avoir péché par inadvertance; ils sont, dans toute l'étendue du terme, coupables de faux. Et, lorsqu'en s'inscrivant en faux contre un testament, on prétend qu'il a été rédigé en tout ou en partie hors la présence des témoins, on dénonce, par là même, à la justice, le notaire et les témoins comme coupables d'un crime, et d'un crime qui, par la disposition de la loi, est capital.

» Ces principes ont motivé la disposition de l'arrêt du 4 mai dernier, par laquelle, en ordonnant la continuation du procès, la cour a en même temps décreté de *soit ouï* et Me Clouard et les trois témoins. Si la sagesse de la cour a jugé pouvoir, sur les charges qui lui ont été lues alors, ne pas prononcer un décret plus rigoureux, toujours a-t-elle jugé que le titre de la plainte ne portait pas seulement sur la pièce arguée de faux, mais renfermait essentiellement et par sa nature, une accusation de faux personnelle contre le notaire et les témoins. La cour a jugé qu'ils ne pouvaient être entendus que comme accusés.

» La rigueur de ces mêmes principes nous fait une loi de regarder comme devant être rejetées, six dispositions de l'information qui avait précédé cet arrêt du 4 mai, comme faites par des témoins qui n'ont pas dû être appelés ni pu être entendus: ce sont d'abord celles de Simié, Plu et Marpault. Ces trois hommes, Témoins instrumentaires du testament, étaient accusés du moment que la plainte en faux a été reçue: par la même raison, il faut rejeter celles de la femme Simié, de Pierre Plu et sa femme, frère et belle-sœur de Louis Plu....., dont la parenté, à un degré aussi proche, ne les rend pas moins incapables que les accusés même, de porter témoignage en cette affaire.

» Sur les douze dépositions qui restent, il y en a quatre qui ne portent pas véritablement sur le fait en question.....».

M. l'avocat-général a ensuite lu et discuté les autres dépositions; il a prouvé, qu'à l'exception d'une seule qui était insignifiante, elles ne portaient que sur des ouï-dire des trois Témoins instrumentaires.

« Ainsi (a-t-il continué), aucun témoin *de visu*. Tous parlent d'après la déclaration de trois des accusés; aucune preuve ou commencement de preuve, soit écrite, soit verbale, qui ne soit pas fournie par ces accusés, et qui ne se confonde avec leur déclaration; enfin, tout se réduit à leur confession, soit hors jugement, soit dans leur interrogatoire.

» Mais s'il y a jamais eu lieu de faire valoir la maxime, *non auditur perire volens*, c'est surtout dans ce cas-ci, où les accusés sont leurs seuls accusateurs à eux-mêmes, et les seuls témoins de leur prétendu délit, où le complice qu'ils veulent se donner, proteste constamment de son innocence, où un acte auquel ils ont donné eux-mêmes l'authenticité, dément leur propre confession, et détruit, par la présomption de la loi, la vraisemblance même du crime dont ils ne craignent pas de se charger.

» Ils sont donc innocens malgré eux, ou plutôt malgré la faiblesse qu'ils ont eue de se prêter à paraitre coupables. On ne peut les juger autrement, si l'on veut statuer sur le fond même de la contestation ».

De tous ces développemens, M. l'avocat-

Digitized by Google

général a conclu qu'il y avait lieu d'évoquer le principal et de juger sur-le-champ.

« Supposons d'avance (a-t-il dit) que les trois accusés qui conviennent n'avoir pas été présens, continueront de l'avouer. Supposons plus encore : que Me Clouard n'osera plus soutenir sa dénégation, et confessera aussi le faux qui lui est imputé. Eh bien ! Que jugerait-on alors ? Ce que la cour peut juger dès à présent : qu'il ne tient pas aux témoins qui ont signé un testament, ni au notaire qui l'a rédigé, de faire tomber la foi qui lui est due, en démentant ce qu'ils ont attesté d'une manière authentique : qu'il ne suffit pas qu'ils consentent à passer pour faussaires, qu'ils se reconnaissent pour tels ; qu'il faut encore qu'ils en soient convaincus, c'est-à-dire, que des preuves distinctes de leur propre témoignage, se réunissent à leur aveu, et que leur confession complette la preuve ; car elle ne peut jamais la faire à elle seule : *Non auditur perire volens.*

» Et si cela est vrai, lorsque l'accusé seul qui s'avoue coupable, est intéressé dans le jugement qu'il va subir, cette maxime doit prévaloir bien davantage, lorsqu'à la condamnation des prétendus coupables est lié le sort d'un acte qui intéresse d'autres parties ».

Par arrêt du..... février 1786, « la cour re-
» çoit la partie de Rimbert (le sieur Clouard)
» tiers-opposant à l'arrêt du 4 mai 1785 ; re-
» çoit le procureur-général du roi opposant
» audit arrêt pour les nommés Simié, Plu et
» Marpault ; faisant droit sur lesdites oppo-
» sition et tierce-opposition, ensemble sur
» l'appel interjeté par la partie de Rimbert,
» met les appellations et ce dont est appel,
» au néant ; émendant, évoquant le princi-
» pal et y faisant droit, renvoie ladite partie
» de Rimbert, et les nommés Simié, Plu et
» Marpault, de l'accusation portée contre
» eux.....(1)».

Il existe des arrêts semblables du parlement de Dijon, qui sont retracés par Serpillon, à l'endroit déjà cité.

Le premier a été rendu au sujet du testament olographe du sieur Courtot, avocat à Beaune, dont la souscription, prescrite par la coutume de Bourgogne, avait été reçue par le sieur Gourdier notaire et signée par les sieurs Teinturier et Lardelot, témoins.

« Les moyens des héritiers présomptifs qui avaient formé une inscription de faux (dit Serpillon) furent admis par sentence du 7 décembre 1735. Ces moyens étaient que les témoins n'avaient jamais su avoir signé au testament de Courtot ; qu'il s'en étaient ainsi expliqués dans des termes non suspects ; qu'ils ne l'avaient appris que lorsqu'on leur en avait fait des reproches, et qu'ils avaient dit avoir été trompés par le notaire Gourdier. Teinturier, l'un deux, déposait que l'acte lui avait été présenté tout dressé, et qu'il ne l'avait vu ni écrire ni signer. L'autre déclarait qu'il n'y avait eu que du blanc au-dessus de ce qu'il avait signé ; et néanmoins il ne pouvait se souvenir s'il avait signé en blanc, ou si on lui avait caché l'acte avec un autre papier blanc. Ces témoins, suivant leurs dépositions, n'avaient été appelés qu'après la rédaction de l'acte, ils n'avaient pas vu le testateur.

» Ainsi, à s'en rapporter à leurs dépositions, le testament devait être cassé ; il fut cependant confirmé par arrêt du parlement de Dijon, du 30 août 1736 ».

Marguerite Bruchet, femme de François Nicod, marchand à Chagny, avait fait, le 5 octobre 1744, une donation en présence d'un notaire et de deux témoins, nommés Jam et Payel : l'acte fut impugné de faux ; les moyens admis par sentence du bailliage de Châlons-sur-Saône, du 29 mars 1753, étaient

« 1° Que François Nicod, mari, avait lui-même dicté la donation, sans que sa femme, donatrice, eût déclaré au notaire ses intentions ;

» 2° Que l'acte était commencé, lorsque le sieur Payel, l'un des témoins, était arrivé ; que le sieur Nicod avait prié le sieur Payel d'aller avertir le sieur Jam ; que Payel était sorti pour y aller, et que, lorsqu'ils étaient revenus l'un et l'autre, l'acte était presque consommé ;

» 3° Que l'acte avait été presque entièrement écrit, clos et signé, sans que la lecture en eût été faite à la donatrice, qui n'avait pas été requise de signer ».

Les deux témoins instrumentaires avaient été décrétés. Payel, l'un d'eux, avait répondu qu'il était arrivé près d'une demi-heure avant Jam, dans la chambre de la donatrice, que, lorsqu'il y était entré, le notaire tournait le feuillet de l'acte, parceque la première page était déjà écrite ; que le notaire écrivait de mémoire ; qu'il était placé à l'un des bouts de la chambre, près d'une fenêtre, tandis que le lit de la malade était à l'autre bout ; que le mari se promenait, allant du lit de la malade au notaire, auquel cependant il ne dictait pas ; que la malade ne disait mot ; qu'il ne lui avait

(1) Nouvelle édition du *Recueil de Denisart*, tome 8, page 472.

Digitized by Google

pas entendu dire quelles étaient ses intentions; et que lorsque Jam était arrivé, la dernière page était commencée.

Les réponses de Jam furent pareillement que, lorsqu'il était arrivé, le notaire avait déjà écrit une partie de la première page; qu'il ne se rappelait pas si cet officier écrivait de mémoire, ou si la donatrice dictait; que le mari avait toujours été présent, et que lecture ayant été faite de l'acte, la testatrice avait fait ajouter quelque chose.

Plusieurs témoins avaient déposé d'une conversation que Payel avait eue dans un cabaret, et qui était conforme à ses réponses.

Il y avait encore deux témoins qui avaient tenu à peu près le même langage que les Témoins instrumentaires; mais l'un d'eux avait varié au récolement et à la confrontation.

Par sentence du bailliage de Châlons-sur-Saône, la donation avait été déclarée fausse; mais, dit Serpillon, « *le parlement de Dijon* » *ayant rejeté les dépositions des Témoins* » *instrumentaires*, la donation fut confirmée » par arrêt du 15 mai 1756 ».

François Tronquet, mort le 17 février 1748, âgé de 22 ans, avait fait un testament le jour de son décès; il avait institué son oncle héritier universel, et n'avait légué que la somme de 10 livres à chacune de ses sœurs.

Celles-ci formèrent contre l'acte une inscription de faux, dont les moyens furent

« 1° Que, dans le temps de la rédaction du testament, le testateur était en délire;

» 2° Que les témoins n'y avaient pas été présens tous ensemble; que le notaire, aussitôt son arrivée, avait commencé le testament, et que les témoins étaient survenus ensuite séparément, l'acte étant déjà beaucoup avancé;

» 3° Que le testateur n'avait prononcé aucune parole de son testament, et que les témoins n'avaient entendu nommer l'héritier que par le notaire;

» 4° Que François Tronquet, institué héritier et sa femme, allaient tour-à-tour auprès du malade, et revenaient dire au notaire ce qu'il fallait écrire;

» 5° Que l'un des témoins avait conduit la main du testateur pour le faire signer ».

Ces moyens de faux ayant été admis par sentence du 13 février 1755, il y eut une information composée de dix témoins; et il en résultait *que le testament avait été fait en l'absence des témoins qui n'avaient pas entendu le testateur déclarer ses volontés.*

Mais *deux de ces témoins étaient ceux qui avaient signé le testament;* les huit autres n'avaient déposé que ce qu'ils avaient ouï dire de ceux-ci.

Sur l'appel de la sentence du juge des lieux, il en intervint une qui confirma la première avec dépens, en déclarant le testament faux.

« Mais au parlement de Dijon, par arrêt du 11 août 1759, les deux sentences furent réformées, Tronquet fut déchargé avec dépens de l'accusation intentée contre lui, et il fut ordonné que le testament serait exécuté selon sa forme et teneur.

» On voit (continue Serpillon) que la jurisprudence du parlement de Dijon, est conforme à celle du parlement de Paris..... Les arrêts ont jugé constamment que, quoique les réponses et déclarations des notaires et témoins soient contraires aux termes et aux expressions de l'acte, elles ne peuvent seules en détruire la foi. Il en est de même des discours qu'ils peuvent avoir tenus dans le public; il y en avait des preuves complètes, lors de plusieurs arrêts : *malgré ces preuves, les dispositions ont été si exactement confirmées que l'on ne croit pas qu'il y ait eu un arrêt contraire.....* Il est de l'intérêt public que le sort des actes ne puisse dépendre de la séduction de ceux qui, après leur avoir donné la forme d'authenticité, seraient les maîtres de les anéantir ».

Cette jurisprudence, à l'appui de laquelle on peut encore citer un arrêt du parlement d'Aix, du 16 juin 1753 (1), mais qui, même sous l'ancien régime, éprouvait beaucoup de

(1) « Par arrêt du 16 juin 1753, au rapport de M. de Gras père, il a été jugé, en grand'chambre, qu'un testament étant attaqué sur le fondement de la démence du testateur, lors, avant et après le testament, les témoins qui avaient signé au testament, ne pouvaient être entendus, de sorte que leurs dépositions furent rejetées en jugeant les *objets* (reprochés), et ce encore qu'ils eussent été entendus dans l'enquête faite par la partie qui soutenait la validité du testament.

» Ce qui fut ainsi jugé à cause des conséquences préjudiciables au repos des familles, si pareils témoins, après avoir signé un testament où il était dit que le testateur était sain d'esprit, pouvaient être entendus en justice, pour ou contre un pareil fait. Leur déposition en faveur du testament serait inutile, puisque le testament ayant la présomption en sa faveur, et ne la tirant que de la force du seing du notaire et des témoins, ce même notaire et les témoins ne sauraient lui donner une nouvelle force par leurs dépositions dans une enquête. Il serait au contraire de la plus dangereuse conséquence, de faire déposer les témoins d'un testament contre le testament qu'ils ont signé, pour désavouer ou contredire ce qu'ils ont

Digitized by Google

contradictions (1), ne peut plus s'accorder avec les principes de la législation actuelle, qui admet à déposer, tant en matière criminelle qu'en matière civile, tous les témoins qu'aucune loi expresse ne repousse.

Écoutons M. le procureur général Legoux, portant la parole à l'audience de la cour spéciale du département de la Seine, les 1er, 2, 3, 4 et 5 août 1810, sur l'accusation de faux intentée contre l'acte de suscription du testament mystique de Georges Tonninges.

« Loin de faire la critique de cet arrêt (celui du parlement de Paris du mois de février 1786), il est très-possible qu'assis parmi les juges, nous en eussions été d'avis. Prononçant alors uniquement sur une information écrite, sans voir ni entendre les témoins, et ayant à balancer leur déclaration écrite avec les dénégations constantes du notaire, il se peut que nous eussions été bien plus touchés de ses raisons, que des déclarations peut-être mal motivées de ces témoins.

» Car, à Dieu ne plaise, Messieurs, que nous pensions qu'il faille, dans tous les cas, s'en rapporter à la déposition des Témoins instrumentaires. Ne voyons-nous pas tous les jours que des témoins, tout en affirmant une chose, vous laissent, soit par leur ton, soit par leurs exagérations, absolument convaincus du contraire? Et cela n'est-il pas arrivé dans les débats actuels....?

» L'affirmation des témoins ne force donc pas toujours, à beaucoup près, la conviction : *Solâ testatione probatam, nec aliis legitimis adminiculis causam adprobatam, nullius esse momenti certum est.* (Loi 4, C. *de testibus*).

» Il faut faire attention à la manière dont le témoin motive son témoignage : *illud etiam spectare debet judex, an testis aliquam dicti sui rationem reddat* (Pandectes de Pothier, titre *de testibus*, n° 16).

» Il faut examiner ses mœurs, son état, son caractère, la dépendance dans laquelle il peut être de celui en faveur duquel il dépose.

» Or, savons-nous aujourd'hui quelle était la moralité des témoins du testament reçu par le notaire Clouard, et si cette connaissance n'a pas influé, dans le temps, sur l'opinion des juges?

» Les arrêts alors n'étaient pas motivés, comme ils le sont aujourd'hui; en sorte que rien n'est plus hasardeux que de vouloir donner des motifs déterminés aux décisions de ces temps-là, à moins qu'ils n'aient jugé de simples questions de droit.

» Le fait, au contraire, était tout dans le procès de Clouard. Aussi voyons-nous que M. l'avocat-général, entrant dans l'examen des preuves, n'y trouve rien qui vienne à l'appui de la déclaration des Témoins instrumentaires : *tout se réduit*, dit-il, *à leur confession.*

» Et, sans doute, ces témoins par eux-mêmes ne méritaient aucune confiance; sans doute, il y avait, dans l'espèce, des particularités qui les accusaient de mauvaise foi, puisque M. l'avocat-général disait qu'ils se plaçaient dans l'alternative inévitable d'être ou d'avoir été parjures, et que la seule incertitude se bornait à savoir si c'était au moment actuel, ou lors de l'acte, qu'ils avaient voulu tromper.

» *Ils n'ont*, ajoutait-il, *aucun subterfuge pour échapper au crime; ils ne peuvent avoir été ni trompés ni surpris, s'être trompés, ou avoir péché par inadvertance. Ils sont, dans toute l'étendue du terme, coupables du faux.*

» Ah! Il paraissait bien juste que, si, même au temps de l'acte, ces témoins ne pouvaient avoir été *ni trompés ni surpris*, que, si l'on voyait qu'alors ils n'avaient point *péché par*

---

signé ou attesté par leur présence; puisqu'on pourrait, par ce moyen, détruire les actes les plus solennels ».

Ainsi s'exprime Montvallon, dans son *Traité des successions*, tome 1, page 473.

(1) Aux autorités citées à ce sujet dans le *Répertoire de jurisprudence*, sous les mots *Témoin instrumentaire*, §. 2, n° 7, on peut ajouter les suivantes.

Cujas, liv. 3, chap. 38 de ses *Observations*, parlant de la loi 1re. C. *de testibus*, qui fait, comme l'art. 1341 du Code civil, céder la preuve par témoins à la preuve littérale, *contrà scriptum testimonium, testimonium non scriptum non fertur*, dit que cette règle n'empêche pas qu'un témoin instrumentaire ne puisse être contraint de déposer sur la vérité de l'acte qu'il a souscrit en cette qualité : *qui instrumento testis adfuerit, post, lite motâ, non potest defugere testimonium.*

Godefroy, dans ses notes sur la même loi, après avoir dit que la fausseté d'un acte peut être prouvée par témoins, ajoute : *iidem testes qui in instrumento interfuerunt, ejus falsitatem possunt arguere; eoque casu viva vox* (*quamtamen munitam esse juramento vult Justinianus*, novell. 73, cap. 37) *præfertur scripturæ.*

Anselmo, sur l'art. 14 de l'édit perpétuel des archiducs Albert et Isabelle de 1611, §. 13, admet aussi, en cas d'inscription de faux contre un testament, les Témoins instrumentaires à déposer, contre la teneur de cet acte, que le notaire n'en a pas fait la lecture au testateur.

C'est ce qu'enseignent pareillement Winants, dans son recueil d'arrêts du conseil de Brabant, décis. 174, n° 4; et à-Sande, dans son recueil d'arrêts du conseil de Frise, liv. 4, tit. 1, défin. 5.

Digitized by Google

inadvertance, on n'eût point d'égard à leurs témoignages contredits par le notaire.

» Mais voudrait-on, par hasard, généraliser les expressions de M. l'avocat-général? Voudrait-on lui faire dire qu'en aucun cas, les témoins signataires d'un acte ne peuvent avoir été ni trompés ni surpris sur son contenu, ni avoir péché par ignorance et par inadvertance?

» Certes, il serait offensant pour notre illustre prédécesseur, qu'on osât lui reprocher d'avoir si peu connu et les hommes et les choses. Mais c'est à nous qu'appartient l'honneur de défendre ses opinions contre de semblables insinuations. Pouvait-il donc ignorer ce que nous savons tous, que souvent les témoins appelés par les notaires, sont des hommes simples, des artisans sans nul' instruction, uniquement occupés de leurs travaux manuels, et incapables de saisir, à la lecture d'un acte qui leur est indifférent, les clauses, les formules et les expressions qu'il contient? Il est sensible d'abord que des gens de travail, arrachés subitement à leurs occupations, et amenés dans une maison opulente, y sont plutôt frappés de ce qu'ils voient que d'une lecture monotone. Et si c'est près d'un moribond, tous leurs sens alors sont captivés par ce lugubre spectacle; en sorte qu'il est comme impossible qu'ils donnent aucune attention à la lecture d'un formulaire écrit en style de palais, et que bien certainement ils ne comprendraient qu'avec de grands efforts et de longues explications, quand même ils pourraient l'écouter.

» Cependant ils signent de confiance, sans savoir ce qu'ils font, sans en connaître l'importance, et dans la persuasion que nul ne veut les tromper. Oseraient-ils d'ailleurs s'en défendre et s'y refuser? Se permettraient-ils, eux qui ont le sentiment de leur incapacité, de faire des observations au notaire dont ils respectent la science, le langage, les lumières et la gravité? Il doit donc arriver souvent que leur signature ne soit autre chose qu'un acte de soumission et d'ignorance.

» Lors donc que M. l'avocat-général a dit que les témoins ne pouvaient avoir été ni *trompés, ni surpris, ni avoir péché par inadvertance,* il est clair qu'il n'a pu parler que du cas particulier sur lequel il s'expliquait. Autrement, et s'il était possible qu'il eût voulu poser un principe général, alors il faudrait bien l'avouer, ce prétendu principe, contraire à l'expérience, contraire à des vérités de fait renouvelées chaque jour, serait absolument insoutenable.

» Mais une fois démontré que des témoins ignorans peuvent avoir signé sans malice un acte faux, pourquoi, lorsqu'il s'agit d'un faux qui a pu frapper leurs sens et qui leur est personnel, la justice devrait-elle rejeter, sans examen, la déclaration qu'elle en exige?

» Ne serait-ce pas une idée bien bizarre que de leur faire subir des interrogatoires, et de poser en principe qu'on ne doit faire aucun cas de leurs aveux? Évitons, Messieurs, ces extrêmes, ces propositions absolues qui ne supportent point l'examen de la raison.

» En matière de preuves, tout dépend des circonstances; et il est vrai de dire que, pour leur évaluation, il n'est pas de mesure fixe : *Quæ argumenta, ad quem modum probandæ cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest.* (Loi 3, §. 2, D. *de testibus*).

» Mais ce qu'il y a de sûr, du moins, c'est qu'en thèse générale, de tous les genres de preuves, le moins suspect, est celui qui résulte des aveux des accusés; en sorte que, quoiqu'on fasse, et après bien des détours, il faut encore en revenir aux instructions de M. d'Aguesseau qui semble (1) présenter dans les termes suivans le résumé des vrais principes : *Toutes les fois qu'on peut concevoir un soupçon légitime sur la vérité d'un acte, et que ce doute tombe sur la présence des témoins, il est des premiers élémens de la procédure de mettre ces témoins en décret* POUR DÉCOUVRIR LA VÉRITÉ, S'IL EST POSSIBLE, PAR LEURS INTERROGATOIRES. *Par une suite nécessaire, il faut aussi entendre le notaire juridiquement, c'est-à-dire, comme accusé ou comme soupçonné; et ce n'est souvent* QUE *par la comparaison de ces interrogatoires, par les différences ou par les contrariétés qui s'y trouvent, que l'on parvient à éclaircir un fait obscur et difficile à approfondir.*

» Quelle sagesse dans ces instructions! M. d'Aguesseau, imbu des vrais principes des lois, ne tranche point; il ne dit pas d'une manière absolue qu'il faille entendre les témoins et les notaires pour ajouter une foi aveugle à leurs réponses.

» Encore moins, dit-il qu'il faille les interroger inutilement et sans qu'il soit permis de se décider d'après leurs aveux; il sait trop bien que le faux est de sa nature un crime mystérieux et caché, qui dès-lors resterait impuni, au grand détriment de la société, si l'on ne pouvait en obtenir la preuve par les aveux des coupables; il veut donc *qu'on interroge le notaire et les témoins pour décou-*

(1) Tome 9, page 120.

Digitized by Google

vrir, S'IL EST POSSIBLE, *la vérité par leurs interrogatoires;* il reconnaît que, sans cette ressource, il y aurait indulgence plénière pour les plus dangereux des faussaires, puisque, attendu la facilité qu'ils ont de commettre le crime, et d'en faire perdre la trace, *ce n'est souvent que par la comparaison de leurs interrogatoires, par les différences ou les contrariétés qui s'y trouvent, que l'on parvient à découvrir un fait obscur et difficile à approfondir.*

» Ainsi, tout est abandonné, suivant le précepte des lois, à la prudence et à l'intégrité des juges à qui seuls il appartient d'apprécier la foi que l'on peut, dans chaque affaire, ajouter aux témoins : *Divus Adrianus rescripsit eum qui judicat magis posse scire quanta fides habenda sit testibus.*

» Or, comme le nombre des témoins qui déposent d'un fait, est souvent l'un des élémens de conviction, nous ne sommes point, surpris, Messieurs, que, dans les anciens pays coutumiers de la France, où les testamens n'étaient pas assujétis à de plus grandes formalités que celles des conventions et des contrats, et où, dès-lors, il suffisait, notamment à Paris, ainsi qu'en Bourgogne, que le notaire fût assisté *de deux témoins;* nous ne sommes pas surpris, disons-nous, qu'on y fit, dans le fait, de grandes difficultés pour convaincre un notaire de faux sur la seule déclaration des deux témoins instrumentaires. Mais, dans les pays de droit écrit où les testamens doivent être reçus en présence *de sept témoins*, ce nombre peut offrir au notaire, ainsi qu'à la justice, une garantie complette de la vérité des faits sur lesquels ils sont unanimes; or, telle est précisément l'hypothèse dans laquelle nous sommes placés aujourd'hui.

» D'ailleurs, et quelle qu'ait été, dans notre ancien droit, la jurisprudence à cet égard, nos principes aujourd'hui sont bien constans sur le même point. *Nulle distinction*, comme l'a décidé plusieurs fois la cour de cassation, *nulle distinction à faire entre les preuves admissibles en matière de faux, et celles qui servent à constater les autres délits. Les témoins qui peuvent être administrés pour établir le crime de faux, ne sont dès-lors reprochables que dans les cas prévus et spécifiés par l'art.* 258 *de la loi du* 3 *brumaire an* 4; et par conséquent les témoins instrumentaires de l'acte restent dans la classe de tous les autres témoins dont la véracité doit être appréciée d'après les règles générales.

» Et pour ce qui est du cas où nous nous trouvons, il n'est pas même possible de prétexter, comme on le disait autrefois, *que les témoins soient placés dans l'alternative inévitable d'*ÊTRE *ou d'*AVOIR ÉTÉ *parjures;* car, s'ils ont coopéré, par *le fait matériel* de leur signature, au complément de l'acte faux, la justice sait cependant à quoi s'en tenir sur la moralité de cette action. Les témoins ne se présentent pas à votre audience dans cette situation humiliante où il eût d'avance été permis de voir en eux des imposteurs, et où la seule incertitude eût été de savoir si c'était dans le moment actuel ou à l'époque du testament qu'ils avaient voulu tromper.

» Le caractère de leur action a été examiné, pesé, lors de l'arrêt de compétence confirmé par la cour de cassation; et il a été dès-lors irrévocablement jugé que ces témoins, trompés, surpris eux-mêmes au temps de l'acte, avaient signé sans malice et sans nulle intention d'en imposer à personne. Ils sont donc aujourd'hui *integri statûs* et *integræ famæ;* et l'on ne pourrait, sans injure, sans manquer à l'autorité de la chose jugée, leur reprocher l'erreur involontaire de leur part, dans laquelle on les a fait sciemment et méchamment tomber.

» Ce n'est donc plus que par les moyens ordinaires et communs à tous les témoins, qu'on peut tenter maintenant d'affaiblir leurs témoignages; autrement, ils ont capacité pour faire preuve entière et parfaite des faits dont ils déposent; et quelle que fût l'ancienne jurisprudence par rapport aux témoins instrumentaires, il est du moins certain que, dans l'état actuel des choses, elle ne leur est pas applicable ».

Cette doctrine, déjà consacrée par les arrêts de la cour de cassation, des 1er avril 1808 et 23 novembre 1812, qui sont rapportés dans le *Répertoire de jurisprudence*, l'un, aux mots *Témoin testamentaire*, §. 2, n° 8, l'autre, aux mots *Témoin judiciaire*, §. 1, art. 4, l'a encore été par l'arrêt de la même cour, du 12 juillet 1825, dont j'ai retracé l'espèce à l'article *Faux*, §. 6, n° 9.

Dans cette espèce, la dame Vigneron prétendait, avec le notaire Noyer, que, pour prouver la fausseté de plusieurs énonciations essentielles du testament notarié de la veuve Després, les héritiers légitimes de celle-ci n'avaient pas pu faire entendre les Témoins instrumentaires qui avaient figuré dans cet acte et l'avaient revêtu de leurs signatures; et elle demandait en conséquence que leurs dépositions fussent rejetées.

Par arrêt du 16 janvier 1823, confirmatif d'un jugement du tribunal de première ins-

Digitized by Google

tance d'Alençon, la cour royale de Caen a ordonné que ces dépositions resteraient au procès, sauf à y avoir tel égard que de raison, et statuant au fond a déclaré le testament faux,

« Attendu que les seuls reproches admissibles pour empêcher la lecture des dépositions des témoins, sont déterminés par les art. 268 et 283 du Code de procédure civile, et que les quatre témoins reprochés ne sont dans aucun des cas énoncés dans ces articles.,..;

» Attendu que, si les témoins d'un testament doivent inspirer peu de confiance lorsqu'ils viennent convenir que des faits contenus dans un testament qu'ils ont signé, ne sont pas vrais, puisqu'en ce cas, ils devaient refuser de le signer, et que leurs dépositions se trouvent en contradiction avec l'attestation résultant de leurs signatures, néanmoins les dépositions peuvent être prises en considération, si l'on aperçoit que les signatures ont été données par l'effet de l'ignorance, de la simplicité, et parceque ces témoins n'ont pas senti l'importance et les conséquences des signatures qu'ils donnaient, et lorsque, d'autre part, la vérité de leurs dépositions se trouve confirmée par d'autres témoins et par les faits et circonstances du procès;

» Attendu qu'il résulte de plusieurs dépositions de l'enquête des intimés, que, le jour même de la mort du mari de la veuve Després, le notaire Noyer se présenta chez cette veuve, accompagné de quatre témoins, et qu'il commença à écrire un testament; qu'avant qu'il fût terminé, les témoins le signèrent, et que le notaire l'emporta pour l'achever ailleurs, mais que ce testament n'a pas paru;

» Attendu qu'il résulte de la déposition du premier témoin de l'enquête des intimés, que le notaire Noyer vint, le 10 février vers midi, chez la veuve Després, tenant à sa main un papier écrit; qu'il demanda à cette veuve si elle était toujours dans l'intention de donner tout son bien à sa cousine Lévêque; qu'ensuite il lut, en présence de quatre témoins ce papier, qui était le testament, et que les témoins le signèrent;

» Attendu que les dépositions des quatre Témoins instrumentaires sont toutes uniformes et conformes à la déposition du premier témoin, et que tous attestent que ce testament fut apporté tout écrit; qu'il n'a point été dicté par la veuve; que seulement il lui a été lu en sa présence;

» Attendu que, des quatre témoins qui ont signé l'acte, deux ne savent pas lire, et que trois n'ont pu reconnaître le testament que par la signature qu'ils y ont apposée;

» Attendu que ces témoins simples et non lettrés ont pu penser que les expressions insérées par le notaire dans le testament, qu'il avait été *dicté par la testatrice, et par lui écrit en sa présence et celle des témoins*, n'étaient que de style, et qu'ils s'en sont rapportés au notaire; que ces témoins jouissent d'une réputation de probité au-dessus du soupçon, et qu'appelés à rendre hommage à la vérité sous la religion du serment, la crainte que l'on avait cherché à leur inspirer de s'être compromis en signant le testament, n'a pas fait taire leur conscience;

» Attendu que, dès-lors, il demeure constant que les formalités prescrites, pour la validité du testament, par les art. 971 et 972, n'ont pas été remplies, et que ce testament est nul ».

La dame Vigneron et le notaire Noyer se sont pourvus en cassation contre cet arrêt, et l'ont attaqué par deux moyens : l'un, qui est rappelé à l'endroit cité de l'article *Faux;* l'autre, qui consistait à dire qu'en se refusant au rejet des dépositions des Témoins instrumentaires, la cour royale de Caen avait violé l'art. 283 du Code de procédure civile.

Mais par arrêt contradictoire du 12 juillet 1825,

« Considérant, sur le second moyen, qu'aucune loi ne défend d'admettre, dans une poursuite de faux incident, les dépositions des Témoins instrumentaires sur la vérité des énonciations de l'acte argué de faux; que l'on ne peut assimiler à ces témoins ceux qui ont donné des certificats dont parle l'art. 283 du Code de procédure civile, lequel est inapplicable à l'espèce; que, si les dépositions des quatre témoins à l'acte n'ont pas été rejetées, sur le reproche proposé contre eux, il a été dit dans le jugement confirmé par l'arrêt, que c'était sauf à y avoir tel égard que de raison;

» Que, de plus, lesdits jugement et arrêt se sont fondés sur des preuves qu'ils ont dit résulter encore d'ailleurs que desdites dépositions; de telle sorte que l'on ne peut fonder l'annullation de l'arrêt attaqué sur aucune violation des lois invoquées;

» La cour rejette le pourvoi.... ».

§. IV. *Avant la loi du 29 septembre-6 octobre 1791, un acte que le statut local voulait être fait par un notaire, en présence de deux témoins, pouvait-il l'être sans témoins, par deux notaires ?*

V. l'article *Signature*, § 1.

Digitized by Google

§. V. 1° *Un mariage contracté sous l'empire de la loi du 29 septembre-6 octobre 1792, est-il valable, quoique l'acte qui en a été dressé après la célébration, ne contienne ni la mention du domicile, ni celle de la profession de quelques-uns des témoins?*

2°. *Est-il valable, quoique, parmi les témoins, il se soit trouvé une femme?*

V. l'article *Mariage*, §. 4.

§. VI. 1° *Un testament par acte public fait dans l'intervalle de la publication du titre* des donations et testamens *du Code civil, à la mise en activité du Code pénal de* 1810, *est-il nul, par cela seul qu'au nombre des témoins qui y sont intervenus, il s'en est trouvé un qui avait été précédemment condamné, d'après le Code pénal de* 1791, *soit à une peine tout-à-la-fois afflictive et infamante qu'il avait subie en entier, soit à une peine infamante seulement?*

2° *Un testament par acte public fait depuis la mise en activité du Code pénal de* 1810, *est-il nul, par cela seul qu'il y a figuré, comme témoin, un individu qui, depuis la même époque, avait été condamné aux peines du carcan et de la dégradation civique, non d'après le Code pénal de* 1810, *mais d'après la loi du* 20 *septembre-*12 *octobre* 1791, *concernant, entre autres objets, la police des ports et arsenaux?*

3° *Un testament par acte public est-il nul, par cela seul qu'il y est intervenu, comme témoin, un failli non réhabilité?*

4° *Un acte notarié entre-vifs est-il nul comme acte public, par cela seul qu'il y a été pris pour témoin, un individu jouissant des droits civils, mais dans la personne duquel est suspendu l'exercice des droits politiques attachés à la qualité de citoyen?*

I. Qu'il y ait nullité dans un testament par acte public dans lequel serait aujourd'hui employé comme témoin, un individu qui, sous l'empire et en vertu du Code pénal de 1810, aurait été condamné à une peine tout à-la-fois infamante et afflictive, ou seulement infamante, cela résulte clairement de l'art. 28 de ce Code, aux termes duquel « quiconque » aura été condamné à la peine des travaux » forcés à temps, du bannissement, de la » réclusion ou du carcan, ne pourra JAMAIS » être juré, ni expert, ni être employé comme » témoin dans les actes » (sans faire, sur ce dernier point, aucune différence entre les actes testamentaires et les actes entre-vifs), et de l'art. 34 qui fait consister *la dégradation civique* tant *dans la destitution et l'exclusion du condamné de toutes fonctions ou emplois publics*, que *dans la privation de tous les droits énoncés dans l'art.* 28.

Qu'il y eût également nullité, avant la mise en activité du Code pénal de 1810, dans un testament par acte public où aurait figuré comme témoin un individu qui, ayant été condamné sous le Code pénal de 1791, soit aux fers, soit à la réclusion dans une maison de force, soit à la gêne, soit à la détention, n'eût pas encore subi toute sa peine, c'est la conséquence nécessaire, et de l'art. 2 du tit. 4 de la première partie de ce Code, qui attachait à ces peines, *pendant leur durée*, la privation de l'exercice personnel de tous les *droits civils* de ceux contre lesquels elles étaient prononcées, et de l'art. 980 du Code civil, qui veut, sous la peine de nullité écrite dans l'art. 1001, qu'indépendamment des qualités de *mâles*, *de majeurs* et de *sujets du roi*, les témoins testamentaires soient *jouissant des droits civils*.

Mais sur quoi se fonderait-on, à l'égard d'un testament fait sous le Code civil, avant la mise en activité du Code pénal de 1810, pour le déclarer nul, par la seule raison que, parmi les Témoins instrumentaires, se serait trouvé, soit un individu condamné, sous le Code pénal de 1791, à l'une des peines afflictives et infamantes dont je viens de parler, et qu'il aurait subie intégralement, soit un individu condamné, sous le même Code, à la dégradation civique ou au carcan?

Ce ne serait sans doute pas sur l'art. 980 du Code civil; car le témoin qui aurait été condamné à une peine afflictive, se serait retrouvé par l'expiration de la durée de cette peine, en possession de ses droits; le témoin qui n'aurait été condamné qu'à la dégradation civique ou au carcan, ne les aurait jamais perdus.

Ce ne serait sûrement pas non plus sur la combinaison de l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an 11, qui exige la qualité de citoyen dans les témoins des actes notariés, avec l'art. 1er du titre cité du Code pénal de 1791, par lequel il était dit que « quiconque aurait été con- » damné à l'une des peines des fers, de la » réclusion dans une maison de force, de la » gêne, de la détention, de la dégradation » civique ou du carcan, serait déchu de tous » les droits attachés à la qualité de citoyen » actif, et rendu incapable de les acquérir » (et qu'il ne pourrait) être rétabli dans ces » droits ou rendu habile à les acquérir, que

Digitized by Google

» sous les conditions prescrites au titre *de la* » *Réhabilitation* »; car, l'exercice des droits civils étant, aux termes de l'art. 7 du Code civil, *indépendant de la qualité de citoyen*, il est clair que la privation de tous les droits civils emporte celle des droits de cité (1); il est clair par conséquent qu'exiger, comme le fait l'art. 980 du Code civil, que les Témoins testamentaires soient *jouissant des droits civils*, ce n'est pas exiger qu'ils soient *citoyens*; et par conséquent encore, il est clair que la disposition de l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an 11 est inapplicable aux Témoins testamentaires. Aussi est-il bien généralement reconnu que l'art. 980 du Code civil, forme, pour les qualités de ceux-ci, une loi spéciale et qu'il les règle seul exclusivement à tout autre (2).

Enfin, ce ne serait pas non plus sur les lois romaines qui excluaient de la fonction de Témoin testamentaire, tous les individus condamnés à des peines infamantes; car ces lois étaient évidemment abrogées par l'art. 7 de celle du 30 ventôse an 12, puisqu'elles n'étaient pas renouvelées par les dispositions du Code civil concernant les qualités essentiellement requises dans les témoins employés dans les testamens; et le renouvellement qui en a été fait par les art. 28 et 34 du Code pénal, ne peut pas avoir d'effet rétroactif.

Il n'y aurait donc, pour l'héritier *ab intestat* qui attaquerait un pareil testament fait sous le Code civil, mais avant la mise en activité du Code pénal de 1810, aucun moyen de le faire déclarer nul.

II. Ce serait la même chose, si, dans un testament fait depuis la mise en activité du Code pénal de 1810, il avait été employé comme témoin, un individu qui, depuis la même époque, eût été condamné aux peines de la dégradation civique ou du carcan, non en vertu de ce Code, mais par application de l'une des dispositions de la loi du 20 septembre-12 octobre 1791, relatives à la police des ports et arsenaux; et c'est ce qu'a tout à-la-fois jugé formellement et très-bien expliqué un arrêt de la cour royale de Caen, du 14 décembre 1825, en déclarant valable un testament du 5 juillet 1820, dans lequel avait été pris pour témoin, le nommé Jean-Baptiste Lelong, qu'un jugement maritime de Cherbourg, du 3 avril 1811, avait condamné à la peine du carcan et de la dégradation civique, comme complice d'un vol de la valeur de 13 francs 50 centimes commis dans les chantiers du port.

Les motifs de cet arrêt sont

« Que les qualités requises pour être présent aux testamens en qualité de témoin, sont déterminées par l'art. 980 du Code civil; que ces qualités sont d'être mâle, majeur, sujet du roi, jouissant des droits civils; qu'ainsi, il s'agit d'examiner si Jean-Baptiste Lelong avait les qualités requises par cet article...;

» Qu'encore bien que le délit commis par Lelong, soit postérieur à la promulgation de la loi du 12 février 1810, formant le Code pénal, le jugement de condamnation qui a été prononcé contre ledit Lelong, ne lui a fait l'application d'aucune des peines portées par ledit Code; que les peines prononcées contre lui l'ont été, ainsi que ledit jugement du 3 avril l'exprime formellement, par application de la loi du 20 septembre-12 octobre 1791, sur l'organisation des cours martiales maritimes, portant, art. 3, tit. 3 : *Tout homme, convaincu d'un vol de la valeur de six livres et au-dessus, sera condamné au carcan, à une amende triple de la valeur de la chose volée, à l'expulsion de l'arsenal et à la dégradation civique*; et par application de la loi du 25 septembre-6 octobre 1791, portant, art. 3, tit. 3 de la seconde partie : *Lorsqu'un vol aura été commis avec l'une des circonstances spécifiées au présent article, quiconque sera convaincu d'avoir reçu gratuitement, ou acheté, ou recélé tout ou partie des effets volés, sachant que lesdits effets provenaient d'un vol, sera réputé complice et puni de la peine prononcée contre les auteurs dudit crime*;

» Que, par suite, et pour l'exécution de la condamnation prononcée contre Lelong, ledit Lelong a été exposé au carcan pendant deux heures, c'est-à-dire, depuis onze heures et demie jusqu'à une heure et demie de relevée; qu'ainsi, il a été puni conformément à la loi spéciale du 12 octobre 1791, et par la loi générale, Code pénal, du 6 dudit mois d'octobre, qui en était le complément, quant au fait de complicité non prévu par la loi du 12 octobre, d'après les dispositions de l'art. 7 du tit. 3 de la loi; qu'à cet égard, le tribunal maritime de Cherbourg s'est conformé aux dispositions de l'art. 484 du Code de procédure, puisque le fait qu'il avait à punir, était une matière qui n'était pas réglée par un Code, et qui était régie par une loi particulière;

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Droits civils, Droits politiques*.

(2) *V. ibid.*, aux mots *Témoin instrumentaire*, §. 2, n° 3-22°.

Digitized by Google

» Que l'effet de la condamnation à la peine de la dégradation civique et du carcan, par application des dispositions du Code pénal de 1791, était la déchéance de tous les droits attachés à la qualité de citoyen actif et l'incapacité de les acquérir, sinon dans le cas de réhabilitation, aux termes de l'art. 1er, tit. 4, 1re partie, dudit Code; que la déchéance de l'exercice des droits civils n'était attachée, d'après l'art. 2 du même titre, qu'à la condamnation à la peine des fers, de la réclusion dans la maison de force, et de la gêne ou de la détention, et seulement pendant la durée de la peine; qu'ainsi, d'après ces dispositions et celles des art. 7, 8 et 980 du Code civil, Lelong n'étant pas déchu de ses droits civils, a pu être présent, comme témoin, au testament du 5 juillet 1820;

» Qu'on argumente à tort des dispositions de l'art. 28 du Code pénal, pour soutenir que Lelong ayant été condamné au carcan, n'a pu, depuis sa condamnation, et ne pourra jamais être juré, ni expert, ni employé comme témoin dans les actes, etc., sous prétexte que cet article règle seulement les effets de la peine sans en changer la nature, parcequ'en matière criminelle les effets de la peine en sont une dépendance inséparable qui contribue à la constituer et en aggrave la nature; que, dans l'espèce, déclarer que Lelong est atteint par les dispositions de l'art. 28 du Code pénal, ce serait ajouter à la condamnation prononcée contre lui et aggraver cette condamnation dont les effets ont été réglés par la loi dont l'application lui a été faite, lorsqu'il est constant qu'aucune disposition pénale du Code de 1810 ne lui a été appliquée;

» Que la peine du carcan, déterminée par le Code pénal de 1791, ne peut être assimilée à celle déterminée par le Code pénal de 1810, puisque les effets de l'une sont essentiellement différens des effets de l'autre, la première portant la peine de deux heures de carcan sans privation des droits civils, et le Code pénal de 1810 portant la peine d'une heure de carcan seulement, mais avec privation perpétuelle des principaux droits civils; qu'en fait, Lelong a subi deux heures d'exposition au carcan en exécution de la condamnation prononcée contre lui par le jugement du 3 avril 1811, et par l'application de la loi spéciale et particulière du 12 octobre 1791 et du Code pénal du 6 du même mois, tandis que par application des dispositions du Code pénal de 1810, et lors même que, d'après ces dispositions, son crime ou son délit aurait été punissable de la peine du carcan, son exposition n'aurait eu lieu que pendant une heure;

» Qu'ainsi, et d'après ces diverses considérations, la nullité proposée contre le testament de la dame Delaunay, veuve Samson, est mal fondée (1) ».

III. Du principe que les qualités requises dans les Témoins testamentaires, ne sont réglées que par l'art. 980 du Code civil, et que, par suite, les dispositions de l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an 11 sont inapplicables à ceux-ci, il résulte clairement qu'un failli, tout privé qu'il est de l'exercice des droits politiques attachés à la qualité de citoyen, n'en est pas moins habile à figurer comme témoin dans un testament; et c'est ce qui a été jugé par la cour de cassation, dans l'espèce rapportée au mot *Signature*, §. 8.

Dans cette affaire, les héritiers *ab intestat* du sieur Berthonnet, dit Montroger, faisaient valoir contre son testament, la circonstance que le sieur Mignerot, l'un des témoins dont il portait la signature, était en état de faillite.

La cour royale de Bordeaux avait écarté ce moyen, par un motif de pur fait; et cependant les héritiers attaquaient son arrêt comme violant l'art. 980 du Code civil.

Mais leur recours a été rejeté par arrêt du 10 mars 1829,

« Attendu qu'il résulte explicitement de l'arrêt de la cour de Bordeaux, que rien ne constate l'état de faillite reproché au témoin Mignerot, à l'époque où il fut l'un des Témoins instrumentaires du testament de Montroger;

» Attendu d'ailleurs que, pour refuser à ce témoin l'exercice de cet office, et le soutenir incapable des droits civils, il faudrait justifier cette incapacité par un jugement de condamnation qui eût, contre lui, prononcé la privation des droits civils ».

IV. Il reste à examiner si un acte notarié entre-vifs est nul comme acte public, par cela seul qu'il y a été pris pour témoin, un individu *jouissant des droits civils*, mais dans la personne duquel est suspendu l'exercice des droits politiques attachés à la qualité de citoyen.

On vient de voir que l'art. 980 du Code civil règle, exclusivement à la loi du 25 ventôse an 11, les qualités requises dans les Témoins testamentaires; et de là il suit nécessairement que, pour savoir quelles qualités

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1826, partie 2, page 183.

Digitized by Google

sont essentiellement requises dans les Témoins instrumentaires des actes notariés entre-vifs, ce n'est point à l'art. 980 du Code civil, mais uniquement à la loi du 25 ventôse an 11, qu'il faut avoir recours.

Or, d'une part, suivant l'art. 9 de cette loi, nul ne peut, sous la peine de nullité prononcée par l'art. 68 de la même loi, être employé comme témoin dans un acte notarié, s'il n'est *citoyen français*.

D'un autre côté, aux termes de l'art. 5 de l'acte constitutionnel du 22 frimaire an 8, « l'exercice des droits de citoyen français est » suspendu, 1° par l'état de débiteur failli, » ou d'héritier immédiat détenteur à titre » gratuit de la succession totale ou partielle » d'un failli; 2° par l'état de domestique à » gages attaché au service de la personne ou » du ménage; 3° par l'état d'interdiction » judiciaire, d'accusation ou de contumace ».

Si donc ce dernier article est encore en vigueur, nul doute (sans parler de l'interdit que l'état de ses facultés morales exclud assez de toute fonction de Témoin instrumentaire) qu'un failli, qu'un domestique à gages, attaché au service de la personne, qu'un individu mis en accusation, ou constitué en état de contumace, ne soient incapables d'être employés comme témoins dans un acte notarié entre-vifs.

Notre question se réduit donc à celle de savoir si la constitution du 22 frimaire an 8, abolie comme telle par la restauration de 1814, subsiste encore comme loi, en tant qu'elle règle la manière dont s'acquiert et se perd la qualité de citoyen français.

Et je crois avoir démontré dans une addition (publiée en 1825) à l'article *Témoin instrumentaire*, §. 3, n° 3, du *Répertoire de jurisprudence*, et qui est fondue dans la 5e édition, que l'affirmative ne peut souffrir aucune difficulté, tant d'après l'art. 7 du Code civil, maintenu formellement par la charte constitutionnelle du 4 juin 1814, que d'après l'ordonnance du roi, du même jour, relative à la naturalisation.

Voici cependant une espèce dans laquelle, laissant de côté la question de savoir si la faillite n'emporte pas encore aujourd'hui de plein droit, comme elle l'emportait avant 1814, la suspension des droits de citoyen, la cour royale de Rouen et la cour de cassation ont successivement jugé, mais par des motifs tout-à-fait disparates, qu'un failli ne vicie pas un acte notarié entre-vifs, par la part qu'il y prend comme témoin.

Le sieur Billot avait hypothéqué des immeubles, d'abord aux sieurs Martin et Aubry par des actes notariés dans lesquels avait figuré, comme témoin, le sieur Delamarre qui était en état de faillite, ensuite au sieur Dodé, par un acte également notarié, et auquel il n'y avait aucun vice à reprocher. Ces biens ayant été vendus, un ordre s'est ouvert sur le prix. Question de savoir si les sieurs Martin et Aubry doivent être colloqués avant le sieur Dodé. Celui-ci a soutenu la négative, par la raison que les titres constitutifs des hypothèques de ses adversaires étaient nuls comme actes publics; et il a invoqué l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an 11, en même temps que l'art. 5 de la constitution du 22 frimaire an 8.

Débouté de sa prétention par un jugement du tribunal de première instance de Neufchâtel, il en a appelé à la cour royale de Rouen qui l'a confirmé par arrêt du 23 août 1822,

« Attendu qu'il ne faut pas confondre la capacité exigée par l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an 11, pour être témoin dans un acte public, avec la capacité exigée par la même loi pour être notaire;

» Que Delamarre était citoyen français dans le sens de l'art. 9 de cette loi qui admet même comme témoins les domestiques, puisqu'elle n'exclud que les domestiques des notaires;

» Qu'ainsi, il ne faut pas confondre les droits politiques avec les droits civils exigés seuls pour être Français, et par suite témoin; que, par l'art. 25 du Code civil, un individu ne perd la faculté d'être témoin que par la mort civile ou la privation des droits civils (1) ».

Le sieur Dodé s'est pourvu en cassation contre cet arrêt, et l'a attaqué, tant comme violant l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an 11, ainsi que l'art. 5 de la constitution du 22 frimaire an 8, que comme faisant une fausse application de l'art. 25 du Code civil.

« L'art. 9 de la loi du 25 ventôse an 11 (a-t-il dit) exige que les témoins qui assistent les notaires dans leurs actes, soient *citoyens français*. Or, d'après la constitution de l'an 8, qui établit une distinction entre les Français et les citoyens, et d'après l'art. 7 du Code civil qui maintient cette distinction, le citoyen français est celui qui est investi de

(1) A ces motifs, l'arrêt dont il s'agit, en ajoutait un qui est étranger à notre question, et sur lequel la cour de cassation ne s'est pas expliquée; j'y reviendrai, ci-après, §. 9.

Digitized by Google

l'exercice de *ses droits politiques*. La loi du 25 ventôse a donc élevé au rang des droits politiques, le droit de servir de Témoin instrumentaire. La raison en est facile à saisir. Les notaires exercent dans l'État une véritable magistrature; ils impriment à leurs actes le sceau de l'autorité publique, ils exercent un pouvoir politique; les témoins qui sont appelés à les assister, participent donc à l'exercice de cette délégation de la souveraineté. Ils font acte de citoyen si, pour être Témoin instrumentaire, il faut être citoyen; et si, pour être citoyen, il faut être investi de ses droits politiques, le Français qui n'en jouira pas, ou qui en aura été déchu, celui qui n'aura que la jouissance des droits civils, ne pourra être témoin dans un acte notarié. Tous les auteurs sont unanimes sur ce point (1).

» Qu'objecte-t-on pour prétendre qu'il n'est pas nécessaire pour servir de témoin, d'être investi de ses droits politiques? L'art. 980 du Code civil? Mais il est évident que cet article, de simple droit civil, ne peut porter atteinte à la disposition de la loi spéciale et organique du 25 ventôse an 11, et à la constitution de l'an 8, qui déclare la qualité de citoyen inhérente à l'exercice des droits politiques.

» D'ailleurs cet article n'établit qu'une exception à la règle générale, exception fondée... sur la difficulté où se trouverait souvent un testateur de trouver des témoins pour un acte qui ne peut souffrir de retard, si on exigeait qu'ils réunissent aux autres conditions requises, celle de citoyen (2).

» Une seconde objection est tirée de l'art. 25, §. 5, du Code civil. Cet article dispose évidemment pour tous les cas où l'individu est légalement appelé en témoignage: il veut que cet individu jouisse de la vie civile. La vie civile est aussi une condition sans laquelle on ne peut être *citoyen français;* mais cette condition ne suffit pas, il en est d'autres qu'il faut remplir et qui sont exigées par la loi constitionnelle. Lors donc que l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an 11 déclare positivement que, pour servir de Témoin instrumentaire, il faut être citoyen français, peut-on raisonnablement prétendre qu'il suffit de la vie civile pour être Témoin instrumentaire?

» Enfin, on tire une dernière objection de ce que la loi sur le notariat n'exclud des fonctions de témoins que les *domestiques des notaires*, d'où la conséquence qu'elle admet même les domestiques. L'art. 10 ne prononce pas même le nom de domestique, il défend *aux clercs et aux serviteurs des notaires d'être témoins:* or, un clerc et même un serviteur de notaire peuvent être citoyens et jouir des droits politiques. L'exercice de ces droits n'est suspendu, chez le serviteur d'un individu, qu'autant qu'il est *domestique à gages et attaché au service de la personne ou du ménage*. L'art. 10 de la loi de ventôse a donc voulu étendre les expressions dont se sert l'art. 6 de la constitution de l'an 8 sur la suspension des droits politiques.

» Ainsi, il reste vrai de dire que, pour être Témoin instrumentaire, il faut avoir l'exercice de ses droits politiques. Le failli a-t-il cet exercice? Voilà à quoi se réduit la question. Elle est tranchée par l'art. 5 de la constitution de l'an 8, qui dispose que l'exercice des droits politiques est suspendu par *l'état de débiteur failli*. Le sieur Delamarre était en état de faillite, lorsqu'il a été témoin; les actes à la confection desquels il a concouru, étaient entachés de nullité; en jugeant le contraire, la cour royale de Rouen a violé les articles des lois précitées ».

On voit que le défenseur du sieur Dodé n'a laissé rien à désirer pour la réfutation complète des motifs de la cour royale de Rouen qui se rapportaient à l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an 11; mais qu'il a omis d'aller au-devant d'une objection que l'on pouvait tirer contre lui d'un passage de M. Toullier, tome 8, n° 76, dans lequel il est dit que la charte du 4 juin 1814 *ne réglant point les conditions qui confèrent le droit de citoyen, nous devons attendre que les lois relatives à son exécution, règlent ce point important de la législation;* ce qui semblerait signifier qu'il faut, en attendant, regarder le mot *citoyen* comme rayé de l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an 11.

Cette omission n'a cependant pas pu nuire la cause du sieur Dodé, parceque, comme je l'ai prouvé dans le *Répertoire de jurisprudence*,

(1) Ici le défenseur du sieur Dodé citait M. Grenier, *Traité des donations*, n° 247; M. Delvincourt, *Cours de droit civil*, tome 1er, page 787; M. Toullier, tome 8, n° 76, et le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Témoin instrumentaire*, §. 1, n° 3, 4e édition, etc.

(2) C'est effectivement ce que remarquait M. Jaubert, dans son rapport au tribunat, sur le titre des *donations et testamens;* voici ses termes: « quelques » observations sur les témoins testamentaires.... Il » suffit qu'ils jouissent des droits civils, tandis que, » pour les actes publics ordinaires, où, à la vérité, » il n'en fait que deux, il est indispensable qu'ils » jouissent des droits politiques. Voyez la loi sur le » Notariat ».

Digitized by Google

aux mots *Témoin instrumentaire*, §. 1, n° 3, 5e édition, l'objection qu'elle laissait intacte, n'a pas l'ombre de fondement, et parceque les moyens de cassation du sieur Dodé contre lesquels on aurait pu hasarder cette objection, ont été, aussi bien que les motifs de l'arrêt qu'ils attaquaient avec tant de force et de justesse, jugés indifférens à la question décidée par cet arrêt.

En effet, le recours en cassation du sieur Dodé a bien été rejeté par la section des requêtes, le 10 juin 1824, au rapport de M. Voysin de Gartempe, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lebeau; mais quels ont été les motifs de ce rejet?

« Attendu que, dans l'espèce, il s'agit d'un simple failli appelé comme témoin dans un acte authentique et notarié;

» Attendu que la nomenclature des droits dont le failli peut être privé, se trouve explicitement déterminée dans les lois sur le commerce, et qu'elles ne portent pas l'interdiction au failli d'être Témoin instrumentaire dans les actes notariés ».

Ainsi, suivant cet arrêt, il importe peu qu'en thèse générale, l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an 11 fasse, de la qualité de citoyen français, une condition essentielle de la capacité des témoins des actes notariés entre-vifs; il importe peu que, d'après l'art. 5 de la loi du 22 frimaire an 8, cette qualité soit suspendue dans la personne de tout commerçant en état de faillite : tout commerçant en état de faillite n'en est pas moins habile à figurer comme témoin dans les actes notariés entre-vifs, pourquoi? Parceque le Code de commerce contient la nomenclature complète des incapacités qui résultent de la faillite, et qu'il n'y comprend pas celle d'être Témoin instrumentaire dans les actes de cette nature.

Quelles sont donc, pour le failli, les incapacités dont le Code de commerce contient *la nomenclature?* Je n'en trouve que deux : l'une, qui résulte de l'art. 442, portant que *le failli est dessaisi, de plein droit, de l'administration de tous ses biens*, et dont les dispositions des art. 443, 444, 445, 446 et 447 ne sont que le développement; l'autre, écrite dans l'art. 614, par lequel il est dit que *nul commerçant failli ne pourra se présenter à la bourse, à moins qu'il n'ait obtenu sa réhabilitation.*

Et de ce que le Code de commerce ne fait mention que de ces deux incapacités, l'arrêt tire la conséquence qu'il abolit celle qui résulte de la combinaison de l'art. 5 de la loi du 22 frimaire an 8 et de l'art. 7 du Code civil avec l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an 11! Et il se met par là, dans l'indispensable nécessité d'aller jusqu'à dire qu'un failli non réhabilité peut être élevé aux plus hautes fonctions publiques, conserver celles dont il a été revêtu avant sa faillite, et être appelé notamment à être juré, tandis que l'art. 381 du Code d'instruction criminelle porte en toutes lettres que *nul ne peut remplir les fonctions de juré, s'il ne jouit de ses droits* POLITIQUES *et civils, à peine de nullité!* J'avoue que je ne conçois pas cette manière de raisonner.

Sans doute, l'arrêt la fonde sur la loi du 15 septembre 1807, qui, après avoir dit, art. 1er, que « les dispositions du Code de » commerce ne seront exécutées qu'à comp- » ter du 1er janvier 1808 », ajoute, art. 2 : « à dater dudit jour, 1er janvier 1808, toutes » les anciennes lois *touchant les matières* » *commerciales sur lesquelles il est statué* » *par ledit Code*, sont abrogées ». Sans doute l'arrêt veut dire que l'incapacité d'être Témoin instrumentaire dans les actes notariés entre-vifs, dont la loi du 25 ventôse an 11, par sa combinaison avec l'art. 7 du Code civil, frappait les commerçans faillis, est abrogée par cela seul qu'il est *statué par le Code de commerce* sur la matière des faillites, et qu'elle n'y est point reproduite comme effet de l'état de failli.

Mais si, comme tout porte à le croire, c'est véritablement à cela que se réduit le motif de l'arrêt de la cour de cassation, du 10 juin 1824, je ne crains pas de dire que c'est une grande erreur.

Sans contredit, les effets *commerciaux* que les anciennes lois attachaient à la faillite, sont exclusivement remplacés par les effets de même nature qu'y attache le Code de commerce; et s'il y avait à cet égard, dans les anciennes lois, quelques dispositions qui différassent de celles de ce Code, elles seraient abrogées. Mais qu'y a-t-il de *commercial* dans l'incapacité d'être Témoin instrumentaire dans un acte public? Rien assurément. Le Code de commerce n'abroge donc pas cette incapacité par le silence sous lequel il la passe. Elle subsiste donc encore.

Soutenir le contraire, c'est prétendre, en d'autres termes, que le Code de commerce abroge la disposition de l'art. 5 de la loi du 22 frimaire an 8, qui prive le failli, tant que dure la faillite, de l'exercice des droits de citoyen, et qu'il l'abroge par cela seul qu'il ne la reproduit pas expressément. Or, veut-on se convaincre que ce n'est point dans cet esprit qu'a été rédigé l'art. 2 de la loi du 15 septembre 1807, qui forme une partie intégrante

Digitized by Google

du Code de commerce? Il n'y a qu'à se reporter aux art. 604 à 611 de ce Code qui forment la majeure partie du titre *de la réhabilitation*, et à la discussion qu'ils ont subie dans le conseil d'état. On y verra clairement que le principal but de la réhabilitation est de réintégrer le failli dans l'exercice des droits de citoyen que sa faillite avait suspendus; et il faudra bien que l'on en conclue, bon gré ou malgré, que le Code de commerce, loin d'abroger à l'égard des faillis, l'art. 5 de la loi du 22 frimaire an 8, le suppose nécessairement en pleine activité.

L'une des questions qui, dans la discussion de ces articles ont le plus occupé le conseil d'état, était de savoir si la réhabilitation serait prononcée par les tribunaux, ou si, comme le proposait la section de l'intérieur, dans l'art. 156 de son projet, elle serait accordée par lettres du prince, d'après une delibération du conseil d'état; et voici ce que porte là dessus le procès-verbal de la séance du conseil d'état, du 12 mai 1807 (tome 2, pages 32 et suivantes de l'édition officielle de 1813):

« M. l'archi-chancelier pense que, par ce projet (celui de la section de l'intérieur), on tire le conseil d'état du cercle de ses attributions naturelles et qu'on lui fait exercer des fonctions judiciaires. Il serait plus conforme aux principes de laisser la cour d'appel prononcer définitivement.

» M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely dit que le motif de la section avait été de faire prononcer la réhabilitation avec plus de solennité.

» M. l'archi-chancelier dit qu'à la cour d'appel, la publicité sera plus grande encore, et qu'il y aura moins de déplacement.

» M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely dit que la section est partie du principe que ces sortes d'affaires sont essentiellement administratives. Il s'agit, *en effet, de rendre à un particulier ses droits politiques;* or, la puissance qui gouverne, en a seule le droit. C'est par un décret rendu en conseil d'état, que *les opérations d'une assemblée politique sont annulées, lorsqu'un failli y a pris part.*

» Cependant on peut ne pas faire intervenir le conseil d'état, pourvu que la réhabilitation s'opère par lettres du prince qui soient entérinées.

» M. l'archi-chancelier croit convenable d'établir qu'il y aura des lettres du prince; mais il ne conviendrait peut-être pas de porter devant le conseil ou devant le grand juge, les oppositions qui pourraient être formées par des tiers. Autrefois, on commençait par faire expédier les lettres; on recevait ensuite les oppositions, et elles étaient jugées par la cour qui les entérinait.

» On pourrait décider que la procédure sera faite en entier devant la cour d'appel; que le jugement ne sera exécuté qu'avec l'approbation du chef de l'État; qu'à cet effet, le procureur général le transmettra au grand-juge ministre de la justice, lequel fera un rapport à S. M. pour qu'il soit statué si l'on aura ou non égard aux oppositions. Des considérations d'un ordre supérieur peuvent obliger quelquefois à ne pas s'y arrêter.

» M. Merlin dit qu'en matière criminelle la réhabilitation est demandée aux cours de justice et prononcée par elles; qu'il en doit donc être de même de la réhabilitation après faillite.

» On objecte que ce serait par un décret pris en conseil d'état, que les opérations d'une assemblée politique seraient annulées, si un failli y avait pris part.

» Rien de plus certain; mais, dans ce cas, le décret ne prononcerait pas sur l'état même du failli; il ne ferait que tirer de cet état, constaté par des actes de pur droit civil, la conséquence que *les opérations de l'assemblée dans laquelle est intervenu le failli, sont nulles.*

» M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely dit que, dans un gouvernement monarchique, les grâces n'émanent que du prince.

» M. de Ségur répond qu'il ne s'agit pas de grâce, mais de justice.....

» M. Merlin observe que la constitution du 22 frimaire an 8 attache la suspension des droits politiques à l'état de failli. Ainsi, lorsque cet état cesse à raison du paiement des créanciers, la réhabilitation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, et sans qu'il soit besoin qu'aucune autorité l'accorde. Il ne s'agit donc que de faire vérifier les faits, d'examiner si l'état du failli subsiste encore ou s'il a cessé. Ce n'est donc point une grâce qu'il y a lieu alors d'accorder, c'est tout simplement un acte de justice à exercer; c'est tout simplement un jugement à rendre.

» M. l'archi-chancelier dit que, si la réhabilitation ne devait être accordée que d'après des faits extérieurs et déterminés, il n'y aurait peut-être pas d'inconvénient à décider qu'elle résultera de lettres du prince données sur l'avis du conseil d'état, en réservant néanmoins à la cour d'appel le jugement des oppositions; mais que la moralité devant être prise en considération, cette forme ne sera pas toujours la plus sûre. L'empire n'aura pas

Digitized by Google

toujours le bonheur d'être gouverné par un prince infatigable, auquel rien n'échappe; on n'aura pas toujours un conseil d'état aussi zélé qu'à présent; or, qui doute que, dans ces temps éloignés encore, mais que cependant le législateur doit prévoir, qui doute qu'alors les questions de moralité ne soient jugées beaucoup plus légèrement par l'administration que par les tribunaux?

» D'ailleurs, il serait trop pénible à des opposans de venir, dans la capitale, soutenir leurs réclamations; il vaudrait mieux ne pas admettre d'oppositions, et prononcer d'après une simple enquête.

» Cependant il peut aussi y avoir de l'avantage à faire prononcer sur les demandes en réhabilitation par l'autorité souveraine, parcequ'il lui est permis d'avoir égard aux circonstances, et qu'il y en a de très favorables.

» Par exemple, celui qui n'ayant acquis que peu de biens depuis sa faillite, les sacrifie presqu'en entier à payer des dettes qu'on ne peut plus exiger de lui, mérite indulgence.

» M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely pense que, si l'on renvoie la réhabilitation aux tribunaux, il faut supprimer les oppositions; il n'en serait pas formé, car personne n'aime à plaider, et l'on évite surtout les procès dans lesquels le succès même ne sert pas l'intérêt du demandeur. On pourrait donc substituer aux oppositions une forme qui n'obligerait pas les réclamans à se mettre en cause; il suffirait qu'ils remissent copie de leurs titres au procureur général. Ce magistrat prendrait des renseignemens et agirait d'office....

» M. l'archi-chancelier dit que l'observation faite par M. Merlin, est un trait de lumière qui doit fixer toutes les opinions. La constitution de l'an 8, en effet, réhabilite de plein droit, celui qui, par le paiement de ses créanciers, cesse d'être en état de faillite; il ne dépend donc plus d'aucune autorité de lui accorder ou de lui refuser sa réhabilitation, et il ne reste qu'à s'en rapporter aux pièces qui attestent la libération.

» On objectera qu'il peut y avoir des fraudes, qu'il est commun de voir un failli rapporter une quittance finale, quoiqu'il n'ait payé qu'une partie de ses dettes. Mais on peut admettre la preuve contraire, sans compromettre celui qui a payé réellement et de bonne foi.

» Que, si l'on entreprend d'éclairer en outre la moralité, on fera souvent des injustices; rien n'est plus trompeur que l'opinion.

» M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely observe que la constitution de l'an 8 ne contient pas les mêmes dispositions que la constitution de 1791, qui n'excluait de l'exercice des droits de citoyen, ceux qui avaient été constitués en état de faillite, que jusqu'à ce qu'ils rapportassent un acquit général de leurs créanciers.

» M. Defermon répond que la différence n'est que dans la rédaction; qu'au fond, la disposition est la même; lorsque la constitution décide que l'individu en état de faillite est suspendu de ses droits politiques, elle décide aussi nécessairement que la cessation de cet état met fin à la suspension. Il n'y a donc plus qu'un fait à vérifier, et cette fonction sera bien placée dans la main des tribunaux.

» Le conseil arrête en principe que les demandes en réhabilitation seront renvoyées aux cours d'appel, lesquelles prononceront définitivement ».

Mais ce n'est pas seulement par cette discussion et par la décision qui en a été le fruit, que s'est manifestée dans le conseil d'état, l'intention de co-ordonner la disposition de l'art. 5 de la loi du 22 frimaire an 8, relative aux faillis, avec les dispositions du Code de commerce relatives aux effets de la faillite (ce qui exclud nécessairement l'idée de faire résulter de celles-ci l'abrogation de celles-là): c'est encore dans le même esprit que le conseil d'état s'est prononcé sur une proposition que le tribunat avait faite, par l'organe de ses commissaires, dans leur conférence avec la section de l'intérieur du conseil d'état, sur le titre *de la réhabilitation* qui lui avait été communiqué.

Cette propositiou avait deux objets: l'un, de faire ajouter à ce titre, un article ainsi conçu: « nul commerçant failli ne pourra se » présenter à la bourse, à moins qu'il n'ait » obtenu sa réhabilitation »; l'autre, de faire *remplir une lacune* que paraissait offrir le *projet de loi*, en ce que, disait on, *la réhabilitation fait supposer nécessairement que celui qui la demande, a souffert une diminution de droits, une espèce de dégradation;* et que cependant cela n'était *pas annoncé dans le projet; ensorte que le but de la loi en cette partie* n'était *pas indiqué.*

La première branche de cette proposition a été adoptée par le conseil d'état; et c'est ainsi que s'est formé l'art. 614 du Code de commerce. « Mais (dit M. Locré, sur cet » article même) on ne pouvait pas suivre la » partie de l'opinion du tribunat qui tendait » à remplir une lacune et à faire ajouter des » articles pour indiquer *les droits politiques*

Digitized by Google

» *et civils que la faillite ferait perdre*. Ce » n'était point au Code de commerce à régler » cette matière; elle appartient en entier aux » lois politiques, aux lois civiles, aux lois pé» nales, qui seules, dans leur étendue respec» tive, statuent sur l'état des hommes ».

Or, qu'a fait le conseil d'état, en rejetant ainsi la seconde branche de la proposition du tribunat, et par conséquent en déclarant que l'on ne pouvait pas considérer comme une lacune, le silence du titre *de la réhabilitation* sur *les droits politiques que la faillite ferait perdre?* Bien évidemment, il a décidé que le silence du Code de commerce sur ces droits, n'emportait pas dérogation à l'art. 5 de la loi du 22 frimaire an 8. Il a donc décidé que, conformément à cet article, le failli serait privé, sous le Code de commerce, comme il l'était précédemment, de l'exercice des droits de citoyen. Il a donc décidé par une suite nécessaire que, conformément à l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an 11, le failli continuerait d'être incapable de figurer comme témoin dans les actes notariés entre-vifs. Il a donc improuvé à l'avance le motif sur lequel est fondé l'arrêt de la cour de cassation, du 10 juin 1824.

Du reste, comme je l'ai déjà observé, cet arrêt laisse entière la question de savoir si, en thèse générale, la suspension des droits de citoyen emporte encore aujourd'hui, comme elle l'emportait avant les événemens politiques de 1814, l'incapacité d'être Témoin instrumentaire dans un acte notarié entre-vifs; mais en voici un de la cour royale de Rennes, qui la juge formellement pour l'affirmative.

Le 9 mars 1819, acte notarié par lequel la demoiselle N..... fait une donation entre-vifs aux demoiselles M.....

Après le décès de la donatrice, le sieur A...., son légataire universel, attaque la donation, et soutient, en invoquant l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an 11 et l'art. 5 de celle du 22 frimaire an 8, qu'elle est nulle, parcequé, des deux Témoins instrumentaires de l'acte, il y en a un, savoir, le nommé G...., qui, à l'époque du 9 mars 1819, était attaché comme domestiques à gages, au service de la personne et du ménage d'un particulier.

Les demoiselles M..., sans discuter le point de droit, nient le fait, et soutiennent que le nommé G.... n'était employé que comme tisserand par le particulier qui l'avait pris à son service.

Jugement du tribunal de première instance de Nantes, qui, avant faire droit, ordonne une enquête sur ce point de fait.

Les demoiselles M.... appellent de ce jugement, et changeant de moyens de défense, elles soutiennent que la disposition de l'art. 5 de la loi du 22 frimaire an 8 est abrogée.

Mais par arrêt du 23 juin 1827, sur les conclusions conformes de M. l'avocat-général Nadaud,

« Considérant que, suivant l'art. 931 du Code civil, les actes portant donation entre-vifs doivent être passés devant notaires, dans la forme ordinaire des contrats; que l'art. 9 de la loi du 16 mars 1803 (25 ventôse an 11) n'admet pour Témoins instrumentaires que les citoyens français, et qu'il n'existe qu'une seule exception à cette règle générale en faveur des testamens;

» Considérant que la charte constitutionnelle n'a pas déterminé les conditions nécessaires pour acquérir le titre de citoyen, mais qu'elle ordonne, art. 68, l'exécution des lois antérieures, qui ne sont pas contraires à ses dispositions; que l'art. 7 du Code civil déclare la qualité de citoyen indépendante de l'exercice des droits civils; et que, suivant l'art. 6 de la loi du 13 décembre 1799, la jouissance des droits civiques est suspendue notamment par l'état de domestique à gages, attaché au service de la personne ou du ménage, disposition qui, jusqu'à ce jour, n'a reçu aucune modification;

» Considérant que l'art. 10 de la loi du 16 mars 1803, en interdisant aux clercs et aux serviteurs du notaire la faculté de l'assister comme Témoins instrumentaires, n'a eu d'autres intentions que de les frapper d'incapacité à raison de leur dépendance envers le rapporteur de l'acte, lors même qu'ils jouiraient des droits politiques, et non de borner l'exclusion aux serviteurs qu'il désigne, limitation inconciliable avec l'art. 9 et qui, par l'effet de cette opposition, serait inadmissible;

» Considérant que A.... (le légataire).... prétendant que G...., qui a comparu comme témoin dans l'acte de donation du 9 mars 1819, était un domestique à gages, dans le sens de la loi de 1799, et les demoiselles M...., soutenant qu'il n'était qu'un simple ouvrier tisserand, employé pour un prix convenu et non attaché au service de la personne ou du ménage, les premiers juges ont dû prescrire un approfondissement sur ce point, dès que la validité de la donation est subordonnée à la capacité de ce témoin; qu'ainsi, leur décision à cet égard doit être confirmée;

» La cour met l'appel au néant; ordonne

Digitized by Google

que ce dont est appel sortira son plein et entier effet (1) ».

§. VII. 1° *A quelle époque commence, pour l'individu condamné à une peine afflictive ou infamante, l'incapacité dans laquelle le placent les art.* 28 *et* 34 *du Code pénal, d'être témoin, soit dans un testament par acte public, soit dans un acte notarié entre-vifs? Est-ce au moment de la condamnation même, est-ce seulement à celui où la condamnation est exécutée?*

2° *Les lettres de grâce que le condamné obtient de la clémence du prince, font-elles cesser cette incapacité?*

3° *En est-il, à cet égard, d'une loi ou d'une ordonnance d'amnistie, pour un condamné par contumace, comme de lettres de grâce, pour un condamné par un arrêt contradictoire?*

Sur ces trois questions, *V.* les articles *Grâce*, §. 1, et *Témoin judiciaire*, §. 8 et 11.

§. VIII. 1° *Doit-on réputer* sujet du roi, *dans le sens de l'art.* 980 *du Code civil, et, par suite, habile à figurer comme témoin dans un testament, celui qui, né en pays et d'un père étranger, s'est établi en France, mais ne s'y est pas fait naturaliser?*

2° *Doit-on au moins réputer tel, l'étranger qui, devenu Français par la réunion de sa patrie à la France, dans l'intervalle de* 1792 *à* 1814, *en a perdu la qualité par le retour de son pays natal sous la domination de ses anciens souverains, et a cependant continué d'habiter exclusivement le territoire français?*

La négative est incontestable sur l'une comme sur l'autre question; et indépendamment des raisons et des autorités par lesquelles je l'ai justifiée dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Témoin instrumentaire*, §. 2, n° 3-1°, voici un arrêt de la cour de cassation qui la consacre de nouveau.

François Brun, né à Chambéry, en 1781, était passé en France vers l'année 1792, époque de la réunion de la Savoie au territoire français; et il avait continué d'y demeurer après le traité de Paris, du mois de novembre 1815, qui avait rendu son pays natal au roi de Sardaigne.

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 27, page 158.

En cet état, il fut appelé comme témoin à l'acte de suscription d'un testament mystique fait à Toulouse par le sieur Michel.

Après la mort du testateur, ses héritiers naturels attaquèrent ses dispositions, et soutinrent qu'elles étaient nulles, parceque François Brun n'était pas né français, et que, s'il en avait acquis la qualité par la réunion de son pays natal à la France, il l'avait perdue, en 1815, par la cessation de cette réunion.

Le sieur Bilhas, héritier institué par le testament, répondait que François Brun habitait depuis plus de vingt ans la ville de Toulouse, qu'il y exerçait la profession de boucher, qu'il s'y disait domicilié dans tous les actes où il figurait, et qu'il y payait les mêmes droits de patente et les mêmes contributions personnelle et mobilière que s'il fût né en France; qu'à la vérité, il n'avait pas fait, dans les trois mois de la publication de la loi du 14 octobre 1814, la déclaration qu'elle prescrivait aux originaires des pays momentanément réunis à la France depuis 1791, qui voudraient conserver la qualité de français; mais que cette loi n'avait été faite que pour ceux d'entre eux qui n'avaient pas quitté et continuaient d'habiter le lieu de leur naissance, et qu'elle était inapplicable à ceux qui, avant que la réunion fût révoquée, s'étaient fixés en France et continuaient d'y demeurer (1).

Sur ces débats, jugement qui déclare le testament nul.

Appel à la cour royale de Toulouse; et le 10 mai 1826, arrêt qui met l'appellation au néant,

« Attendu qu'en droit, le témoin appelé pour être présent à un testament public ou à l'acte de suscription d'un testament secret, doit être sujet du roi;

» Qu'en fait, François Brun, né à Chambéry, en 1781, de parens Savoyards, devenu momentanément français par la réunion momentanée de son pays à la France, perdit cette qualité lorsque ce même pays fut restitué à ses anciens souverains; qu'il n'aurait pu la conserver ou obtenir une sorte de naturalisation qu'en faisant la déclaration exigée par nos lois, et qu'il n'en a fait aucune; qu'ainsi, son incapacité réelle pour être présent comme Témoin instrumentaire à l'acte de suscription dont il s'agit, est incontestable....;

(1) Le défenseur du sieur Bilhas n'aurait sûrement pas prêté un sens aussi absurde à la loi du 14 octobre 1814, s'il en eût pris une lecture réfléchie.

Digitized by Google

» Qu'ainsi, c'est avec fondement que, par application des art. 980 et 1001 du Code civil, les premiers juges ont annulé le testament dont il s'agit ».

Le sieur Bilhas s'est pourvu en cassation contre cet arrêt, et l'a attaqué comme faisant une fausse application des art. 980 et 1001 du Code civil, ainsi que de la loi du 14 octobre 1814; mais vaine tentative : par arrêt du 23 avril 1828, au rapport de M. Chilhaud de la Rigaudie, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lebeau,

« Vu l'art. 980 du Code civil, et *l'ordonnance du roi* (1) du 14 octobre 1814;

» Attendu qu'aux termes de l'art. 980 du Code civil, pour avoir droit de figurer comme témoin dans un testament, il faut, entre autres conditions, être sujet du roi et jouir des droits civils en France;

» Attendu que celui-là seul réunit ces deux prérogatives, qui est né en France, ou qui l'est devenu par des lettres de naturalisation;

» Attendu que François Brun est né à Chambéry et non en France, et qu'il ne justifie d'aucunes lettres de naturalisation, pas même de la déclaration qu'il aurait dû faire en exécution de l'ordonnance du 14 octobre 1814; qu'ainsi, en le déclarant inhabile à signer un testament mystique, comme témoin nécessaire, et, par suite, le testament nul, l'arrêt a fait une juste application de la loi;

» La cour rejette le pourvoi.... (2) ».

§. IX. *Dans quels cas la capacité putative d'un Témoin instrumentaire peut-elle en couvrir l'incapacité réelle?*

M'étant déjà expliqué fort au long sur cette matière dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Témoin instrumentaire*, §. 2, n° 3-26°, je me borne ici à rappeler deux arrêts de cours royales, qui paraissent, l'un avoir méconnu le vrai sens de l'adage, *error communis jus facit*, l'autre, en avoir justement écarté l'application.

Le premier est celui de la cour royale de Rouen, du 23 août 1822, dont l'espèce est rapportée ci-dessus, §. 6. Après avoir cherché à établir, par des motifs qui tombent d'eux-mêmes devant l'art. 5 de la loi du 22 frimaire an 8 et l'art. 9 de celle du 25 ventôse an 11, que le sieur Delamarre avait pu, quoique failli, servir de Témoin instrumentaire dans des actes constitutifs d'hypothèques conventionnelles, il ajoute subsidiairement, « qu'admettre le système du sieur Dodé (demander en nullité de ces actes), ce serait jeter » l'épouvante dans le sein d'un grand nombre » de familles, et que c'est le cas d'appliquer » la maxime, *error communis facit jus* ».

Le sieur Dodé, en attaquant cet arrêt, a soutenu que la maxime sur laquelle il fondait son motif subsidiaire, n'était pas applicable à l'espèce; et l'on ne peut douter que la cour de cassation ne l'eût ainsi jugé, si elle eût abordé la question. En effet, dit fort judicieusement M. Dalloz, après avoir rendu compte des moyens de cassation du sieur Dodé, « il faut bien distinguer, dans l'application de cette maxime, entre l'erreur sur » la qualité de la personne et l'erreur sur *les* » *effets* de cette qualité. La première est une » erreur de fait, qui peut être excusable; la » seconde est une erreur de droit, dont on » ne peut se prévaloir, parceque personne » n'est censé ignorer la loi. Qu'un étranger, » par exemple, ait servi de Témoin instrumentaire dans un acte, cet acte ne sera pas » entaché de nullité, si la *qualité* d'étranger » du témoin n'était pas connue; mais si le » notaire et les parties en avaient connaissance, ils ne seraient pas fondés à prétendre que la nullité serait couverte, parce» qu'ils ignoraient qu'un étranger est incapable d'être Témoin instrumentaire; il en » est absolument de même à l'égard du failli; » lorsque son état de failli n'est pas un mystère, l'étendue de son incapacité est censée » connue de tous. La loi romaine *Barbarius* » *Philippus* d'où est tirée la maxime *error* » *communis facit jus*, prouve d'ailleurs la » vérité de la distinction que nous venons de » signaler. On sait qu'il s'agit dans cette loi » du maintien des jugemens rendus par un » esclave nommé préteur, c'est-à-dire, d'un » individu dont l'état était ignoré ».

J'observerai seulement ici qu'en fait d'erreur sur la capacité des Témoins instrumentaires, ce n'est point la loi *Barbarius Philippus*, mais bien (comme je l'ai prouvé à l'endroit cité du *Répertoire de jurisprudence*) dans la loi 1re, C. *de testamentis*, et dans le §. 7 du titre des institutes *de testamentis ordinandis*, que l'on doit chercher la source et le véritable sens de la maxime *error communis facit jus*.

Le second arrêt est celui de la cour royale

(1) Ce n'était pas l'*ordonnance du roi*, mais *la loi* qu'il fallait dire. *V.* le Bulletin des lois, n° 45, 5me série.

(2) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 28, page 447.

Digitized by Google

de Toulouse, du 10 mai 1826, dont j'ai rendu compte dans le paragraphe précédent.

Dans cette espèce, le sieur Bilhas, héritier institué du sieur Michel, soutenait subsidiairement que, si François Brun n'était pas *sujet du roi* dans le sens de l'art. 980 du Code civil, il passait néanmoins généralement pour tel à Toulouse; et pour le prouver, il articulait un fait qui, au premier abord, paraissait décisif : c'est que ce particulier avait été plusieurs fois employé, à Toulouse même, comme Témoin instrumentaire dans des actes notariés. Mais à ce fait, dont la preuve ne paraissait pas douteuse, les héritiers *ab intestat* du sieur Michel en opposaient un qui était également constant et suffisait pour le neutraliser : c'est que François Brun, tout en figurant comme témoin dans quelques actes notariés, ne laissait pas d'être reconnu comme étranger par tous ceux qui avaient des rapports avec lui, et de se conduire lui-même comme tel, en ne réclamant pas l'honneur d'être appelé au service de la garde nationale.

Aussi la cour royale de Toulouse a-t-elle rejeté le moyen subsidiaire du sieur Bilhas,

« Attendu qu'à la vérité, et en droit, la capacité *putative* pourrait peut-être, même en cette matière, suppléer la capacité réelle; mais que cette capacité putative devrait être le résultat d'une erreur commune, motivée elle-même sur des faits, des actes extérieurs propres à l'accréditer;

» Attendu, en fait, qu'aucun des faits ou des actes signalés par Noël Bilhas, comme propres à fonder cette capacité putative et cette erreur commune, n'a dû ni n'a pu produire un tel effet;

» Que la résidence de François Brun à Toulouse, de juillet 1816 à octobre 1824, l'inscription sur les registres des enfans qui lui sont nés, son état de boucher, le paiement de certaines contributions, tous actes aussi propres à un étranger qu'à un français, n'ont pas dû accréditer l'idée que Brun était nécessairement Français;

» Qu'au contraire, d'autres faits démontrent qu'il n'a jamais dû passer et *qu'il n'a jamais passé pour tel;* que ces faits sont notamment les mentions insérées dans le passeport qui lui fut délivré en 1822, mentions desquelles il résultait toujours que Brun était né à Chambéry; qu'au nombre de ces faits, on peut encore placer l'accent de Brun qui ne permettait pas de le confondre avec un boucher de nos pays; son mariage avec une Espagnole, antérieur à son arrivée à Toulouse; la dépendance où il a été pendant plus de six ans d'un boucher portugais établi à Toulouse, et dont il n'était que le commis; qu'aussi jamais Brun n'a été appelé au service de la garde nationale, et à aucun de ces actes qui auraient supposé que l'autorité publique le croyait français; qu'il importe peu, dès-lors, qu'un ou plusieurs notaires l'aient pris pour témoin dans leurs actes; que leur erreur n'a pu fonder cette erreur commune qui *facit jus;* que raisonner autrement serait attribuer aux notaires le droit exorbitant de couvrir toutes les incapacités réelles; qu'on doit même remarquer que l'un des notaires désignés, celui qui, le premier, aurait appelé pour témoin Brun, est mort depuis plusieurs années; qu'il en résulte que ce notaire commit l'imprudence d'employer François Brun à une époque où, à peine établi à Toulouse, cet individu n'était que le domestique du Portugais Godinho, imprudence qui explique l'erreur où sont tombés les autres notaires; mais encore un coup, qu'une telle erreur n'est pas l'erreur commune qui fait la qualité putative, ce qui rend inutile le compulsoire demandé;

» Qu'il est, au surplus, constant que les personnes qui avaient le plus de rapports avec Brun, savaient qu'il était étranger et ne virent jamais en lui qu'un étranger ».

Au surplus, *V.* ce que je dis à l'endroit cité sur les motifs d'un arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles, du 12 juillet 1823.

TÉMOIN JUDICIAIRE. § I. *Les juges à qui la loi confère le droit d'accorder des saufs-conduits aux personnes condamnées par corps, lorsqu'elles sont citées en justice comme témoins, peuvent-ils les étendre au-delà du temps nécessaire pour que ces personnes puissent porter témoignage?*

V. l'article *Sauf-conduit.*

§. II. 1° *Est-il nécessaire, dans un jugement de police qui rejette l'opposition d'une partie à l'audition des témoins produits par l'autre, de citer la loi qui justifie ce rejet?*

2° *Les tribunaux de police peuvent-ils entendre les témoins reprochés par l'une des parties, sauf à avoir, à leurs dépositions, tel égard qu'il appartiendra?*

V. l'article *Injure*, §. 3.

§. III. *Les jugemens des conseils de guerre doivent-ils, à peine de nullité, contenir la mention expresse que les témoins qui ont été entendus, ont prêté serment avant de déposer?*

V. l'article *Information.*

Digitized by Google

§. IV. *Peut-on forcer un avocat à déposer comme témoin sur des faits qui lui ont été confiés dans le secret du cabinet?*

J'ai établi la négative dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Témoin judiciaire*, §. 3, art. 6, n° 4 (en note) et n° 5; et voici un arrêt de la cour de cassation qui a depuis consacré formellement cette doctrine.

Le 14 avril 1825, Me Sourbé, avocat, appelé devant le tribunal correctionnel de Condom, pour déposer sur une prévention d'usure, déclare qu'il ne se croit pas obligé de révéler ce qui pourrait lui avoir été confié, en sa qualité de conseil, par le prévenu; et qu'en conséquence, il ne peut prêter le serment imposé par la loi aux témoins, que sous la restriction commandée par les devoirs de son état.

Jugement qui, attendu que la loi ne fait aucune distinction entre les personnes appelées en justice comme témoins, ni entre les faits pour l'éclaircissement desquels leur audition est requise, ordonne au sieur Sourbé de prêter le serment sans restriction.

Refus du sieur Sourbé, et nouveau jugement qui le condamne à 25 francs d'amende, par application des art. 80 et 355 du Code d'instruction criminelle.

Le sieur Sourbé appelle de ces jugemens au tribunal correctionnel d'Auch; et là, le procureur du roi, sentant qu'il ne peut justifier les motifs des premiers juges, soutient néanmoins que leurs décisions doivent être confirmées, parceque tout témoin cité en justice est tenu de comparaître, de prêter serment et de déposer; que la loi, en prescrivant la formule du serment, ne permet d'y apporter aucune modification; qu'à la vérité, l'art. 378 du Code d'instruction criminelle défend à ceux qui, par état, sont dépositaires des secrets d'autrui, de les révéler, et à plus forte raison les en dispense; mais qu'il ne dispense pas de l'obligation commune à tous les témoins, de prêter serment en termes purs et simples, sauf à eux à ne révéler que les faits dont ils ont acquis la connaissance hors de l'exercice de leurs fonctions.

Le 2 décembre 1825, jugement qui réforme ceux du tribunal de Condom,

« Attendu que, d'après l'art. 378 du Code pénal, et d'après les principes qui ont toujours régi leur profession, les avocats ne doivent ni ne peuvent révéler, même à la justice, les faits qui leur ont été confiés dans le secret du cabinet, si ce n'est dans les cas très-rares où la révélation est expressément commandée par la loi à tous les citoyens;

» Qu'on oppose vainement que l'avocat aurait dû prêter serment et déclarer ensuite qu'il ne pouvait déposer sur les confidences qui lui avaient été faites, ou même s'abstenir d'en parler, sans le dire; qu'il est, en effet, trop évident que la conduite que l'avocat qui se présente franchement devant la justice, en annonçant qu'il veut déposer tout ce qu'il sait autrement que par les confidences qu'il a reçues en sa qualité d'avocat, est plus loyale que celle de celui qui prêterait serment de dire toute la vérité, et croirait cependant devoir la taire ensuite, ou se livrer à des réticences indignes de son caractère ».

Le procureur du roi se pourvoit en cassation contre ce jugement, et l'attaque par les moyens qu'il a inutilement fait valoir en cause d'appel, pour justifier les jugemens du tribunal correctionnel de Condom.

Mais par arrêt du 20 janvier 1826, au rapport de M. Ollivier, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Laplagne-Barris,

« Attendu qu'un témoin qui prête le serment de dire toute la vérité et rien que la vérité sur les faits relatifs à l'instruction dans laquelle il est entendu, ne saurait, sans violer la religion du serment, s'abstenir de dire ce qu'il sait;

» Qu'aux termes de l'art. 278 du Code pénal, les personnes dépositaires, par état ou profession, des secrets qu'on leur a confiés, ne peuvent les révéler hors le cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs, sans encourir la peine portée en cet article;

» Que, dès-lors, un avocat qui a reçu des révélations qui lui ont été faites à raison de ses fonctions, ne pourrait, sans violer les devoirs spéciaux de sa profession et la foi due à ses cliens, déposer ce qu'il avait appris de cette manière;

» Que, s'il est appelé comme témoin dans une instance relative à des faits qui lui avaient été ainsi confiés, il peut avant de prêter le serment prescrit par la loi, annoncer au tribunal qu'il ne se considérera point comme obligé, par ce serment, à déclarer, comme témoin, ce qu'il ne sait que comme avocat;

» Qu'en le faisant, il satisfait pleinement au vœu de la loi, et qu'en jugeant que la conduite du sieur Sourbé n'avait rien de répréhensible, le tribunal de l'arrondissement d'Auch, statuant en police correctionnelle, sur l'appel du jugement rendu par le tribunal de Condom, non seulement n'a contrevenu

Digitized by Google

à aucune disposition législative, mais a témoigné son juste respect pour la sainteté du serment;

» La cour rejette le pourvoi du ministère public près le tribunal correctionnel d'Auch, contre le jugement de ce tribunal, du 2 décembre dernier, qui relaxe Me Sourbé de la condamnation contre lui prononcée par le jugement du tribunal correctionnel de Condom, du 4 avril précédent (1) ».

§. V. 1° *Lorsqu'un avocat, cité comme témoin dans un procès criminel, déclare ne pouvoir déposer parcequ'il a aidé l'accusé de ses conseils, peut-il, sans qu'il en résulte une nullité, lui être enjoint de prêter serment et de déposer, mais seulement sur les faits qui seraient venus à sa connaissance autrement que dans l'exercice de sa profession?*

2° *De ce qu'un avocat a été conseil d'une partie dans un procès civil, résulte-t-il que, si, appelé comme témoin dans une affaire correctionnelle qui est ensuite intentée contre son client et se rattache à ce procès, il dépose sans avoir préalablement déclaré, en prêtant serment, qu'il n'entendait s'expliquer que sur des faits étrangers à ceux sur lesquels les devoirs de son état l'obligeaient de garder le secret, il y a nullité dans l'instruction, et par suite, dans le jugement?*

I. La première question, déjà résolue implicitement pour l'affirmative, par l'arrêt de la cour de cassation, du 20 janvier 1826, rapporté au paragraphe précédent, l'est encore dans le même sens et d'une manière positive, par un autre arrêt du 14 septembre 1827, qui, en statuant sur le recours en cassation du nommé Jouberjon et de sa femme contre un arrêt de la cour d'assises du département de l'Hérault, le rejette, « Attendu, sur le.... » troisième moyen, que l'arrêt de la cour » d'assises, portant que Me Argence, avocat, » cité comme témoin par le ministère public, » prêterait le serment prescrit par l'art. 317 » du Code d'instruction criminelle, restreint » la déposition à faire par ce témoin aux faits » qui seraient venus à sa connaissance, autrement que dans l'exercice de sa profession » d'avocat (1) ».

II. Sur la seconde question, Jean-Grégoire Piétri a soutenu l'affirmative en attaquant un arrêt de la chambre correctionnelle de la cour royale de Corse, du 3 décembre 1827, sur le fondement que, dans la séance du 30 novembre précédent, on avait entendu comme témoin l'avocat qui lui avait servi de conseil dans un procès civil auquel se rattachait le procès correctionnel jugé par cet arrêt.

Mais ce moyen a été rejeté par arrêt du 22 février 1828, « attendu que, quand même il » serait prouvé que l'avocat Piétri a été le con- » seil du demandeur dans un procès civil qui » se rattachait à la poursuite actuelle, l'audi- » tion de cet avocat comme témoin ne pour- » rait vicier l'instruction sur laquelle est in- » tervenu l'arrêt attaqué; qu'en effet, les » avocats des parties ne sont point incapables » d'être témoins; que, seulement, ils ne sont » pas tenus de révéler ce qu'ils ont appris par » une suite de la confiance qui leur a été ac- » cordée; que c'est à ces avocats, quand ils » sont appelés en témoignage, à interroger » leur conscience, à discerner ce qu'ils doi- » vent dire, de ce qu'ils doivent taire (2) ».

§. VI. *Les personnes qui ne sont pas, suivant l'expression de l'art. 378 du Code pénal*, dépositaires, par état ou profession, des secrets qu'on leur confie, *peuvent-elles se dispenser, lorsqu'elles sont citées en justice comme témoins, de révéler les confidences qui leur ont été faites sur leur parole ou même leur serment d'en garder le secret?*

La négative résulte clairement de ce que j'ai dit dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Témoin judiciaire*, §. 1, art. 6, n° 4; et elle a été consacrée par deux arrêts de la cour de cassation.

Le premier a été rendu, sections réunies, le 30 novembre 1820, contre un magistrat distingué de la cour royale de Nîmes, M. Madier de Montjau :

« Vu (y est-il dit) l'art. 82 de l'acte du gouvernement (senatus-consulte), du 16 thermidor an 10....;

» Attendu que le sieur Madier-de-Montjau, dans des pétitions adressées à la chambre des

(1) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 32, page 40. Journal des audiences de la cour de cassation, année 1826, page 114.

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1827, page 495.

(2) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 33, page 108.

Digitized by Google

députés, a dénoncé l'existence d'un gouvernement occulte qui compromettait, par des manœuvres ténébreuses, l'action du gouvernement légitime; qu'il a dénoncé particulièment une circulaire sous le n° 34, qui aurait eu pour objet d'organiser l'assassinat dans la ville de Nîmes; qu'il a affirmé, dans ces pétitions, connaître les auteurs de cette circulaire; qu'il y a aussi dénoncé des conciliabules qui se seraient tenus à Nîmes, dans les nuits des 7 au 9 janvier, pour l'inspection secrète de la garde nationale qui était alors dissoute par l'autorité du gouvernement, pour y remplacer des officiers décédés, et enfin pour arrêter un plan d'attaque et de calomnie contre la garnison, à l'effet d'en obtenir la translation; qu'appelé devant la justice pour donner sur ces faits et sur leurs auteurs, les renseignemens qui seuls pouvaient diriger l'action des magistrats chargés de la poursuite des crimes, il a refusé de les faire connaître; que, pour motiver ce refus, il a allégué un prétendu serment, dont il n'avait jusque-là parlé dans aucun de ses écrits, par lequel il se serait lié envers ceux qui lui avaient révélé les crimes par lui dénoncés; que, sur les questions qui lui ont été faites devant la cour, il a persisté à soutenir l'existence d'un prétendu gouvernement occulte, celle des circulaires émanées de lui, et a déclaré de nouveau connaître les noms de ceux qui avaient rédigé ces circulaires, et qui faisaient partie de ce gouvernement; qu'il a également allégué le prétendu serment par lui prêté, pour justifier son refus de les faire connaître à justice; mais qu'un serment prêté volontairement, hors la nécessité des fonctions civiles ou religieuses, ne peut être un motif légitime de refuser à la justice les révélations qu'elle requiert dans l'intérêt de la société; que le refus du sieur Madier-de-Montjau de répondre, a donc été une infraction à la loi et une désobéissance à la justice; que, si, dans l'erreur de sa conscience, il croyait que le serment qu'il dit avoir prêté, devait avoir pour lui plus d'autorité que la volonté de la loi et l'intérêt de la chose publique, il devait s'abstenir de publier des crimes dont il voulait aussi refuser de produire les preuves, en même temps qu'il affirmait les avoir en main; que sa conduite a été d'autant plus répréhensible, que son caractère de magistrat en rendait l'exemple plus dangereux; qu'il a aggravé ses torts depuis la citation qui lui a été donnée pour comparaître devant la cour, par la publication d'écrits propres à entretenir les méfiances et les haines parmi les citoyens, par la publication surtout de rapports faits, en sa qualité de président de cours d'assises, au chef de la justice, à qui seul il appartenait de juger s'ils devaient être publiés ou demeurer secrets; que, par tous ces faits, le sieur Madier-de-Montjau a manqué essentiellement aux devoirs que lui imposait la dignité de ses fonctions et gravement compromis celle de la cour dont il est membre;

» Par ces motifs, la cour *censure, avec réprimande*, le sieur Madier-de-Montjau et le condamne aux frais de la citation, ainsi qu'à ceux de la notification et expédition du présent arrêt ».

Le second arrêt, qui a été rendu *dans l'intérêt de la loi*, le 8 mai 1828, est ainsi conçu :

« Le procureur général expose qu'il est chargé par M. le garde-des-sceaux, ministre de la justice, de requérir, dans l'intérêt de la loi, l'annullation d'un jugement rendu le 16 février dernier, par le tribunal de police correctionnelle d'Espalion, département de l'Aveyron.

» Voici les faits :

» Les nommés Ferragut et Bringuier furent cités à comparaître, le 15 février dernier, devant le tribunal correctionnel d'Espalion, comme prévenus, l'un, de coups et blessures volontaires; l'autre, de rébellion envers les agens de la force publique.

» Au nombre des témoins produits par le ministère public, se trouvait un sieur d'Auterives. Ce témoin prêta, comme les autres, serment de dire toute la vérité, rien que la vérité. Cependant, après avoir prêté serment, il déclara *que les parties lui avaient fait quelques confidences sous le* SCEAU DU SECRET, *et qu'en homme d'honneur, il ne pouvait pas manquer à la parole qu'il avait donnée.*

» Le ministère public conclut à ce que le tribunal ordonnât que le témoin déposerait sur tout ce qui était à sa connaissance.

» Mais le tribunal ordonna seulement *que le témoin ferait sa déclaration sur les faits qui étaient à sa connaissance, et qu'il ne tenait pas sous la foi du secret.*

» C'est cette disposition du jugement du tribunal d'Espalion que l'exposant est chargé de soumettre à la censure de la cour.

» En effet, un témoin appelé devant la justice, lui doit toute la vérité qu'il a juré de lui dire, et qui peut éclairer la religion des magistrats. Il ne saurait être dispensé de cette obligation, que dans le cas où, dépositaire par état ou par profession d'un secret qu'on lui a confié, la loi elle-même lui en interdit

Digitized by Google

la révélation, sous les peines établies par le Code pénal (art. 378). Hors ce cas, la promesse du secret, garantie même sous la foi du serment, n'est jamais un motif légitime de refuser à la justice les révélations qu'elle demande dans l'intérêt de la société; c'est ce que la cour de cassation a jugé par un arrêt célèbre, sous la date du 30 novembre 1820.

» Elle a dit *que le serment de ne pas révéler, prêté volontairement,* HORS LA NÉCESSITÉ DE FONCTIONS CIVILES OU RELIGIEUSES, *ne pouvait être un motif de refuser à la justice les révélations qu'elle requérait dans l'intérêt de la société.*

» Ce considéré, il plaise à la cour casser et annuler, dans l'intérêt de la loi, le jugement du tribunal correctionnel d'Espalion, dans la disposition dénoncée, et ordonner qu'à la diligence de l'exposant, l'arrêt à intervenir sera imprimé, et transcrit sur les registres de ce tribunal.

» Fait au parquet, le 26 avril 1828. *Signé* Mourre.

» Ouï le rapport de M. Garry, conseiller, et les conclusions de M. Laplagne-Barris, avocat-général,

» La cour, statuant sur le réquisitoire du procureur général du roi, et en adoptant les motifs, casse et annulle, dans l'intérêt de la loi, le jugement du tribunal de police correctionnelle d'Espalion, du 16 février dernier.... ».

§. VII. *Y a-t-il nullité dans un arrêt ou jugement en dernier ressort qui, en statuant sur un point de fait, s'appuie sur des dépositions de témoins parmi lesquelles il y en a qui sont nulles ou inadmissibles?*

C'est demander, en d'autres termes, si le mélange de motifs illégaux à des motifs sur lesquels la cassation n'a point de prise, peut ou ne peut pas vicier un arrêt; et je crois devoir approfondir ici cette question sur laquelle je n'ai pas encore eu l'occasion de m'expliquer avec tous les développemens qu'elle exige.

Qu'un pareil mélange ne puisse pas vicier un arrêt qui ne prononce que sur un point de droit, c'est ce qui me paraît hors de toute controverse. Par exemple, un testament est attaqué dans sa forme, de deux chefs: et parceque le notaire n'y a pas mentionné la présence des témoins instrumentaires à la lecture qu'il en a faite au testateur, et parcequ'il n'y a pas fait mention de la signature dont il l'a revêtu lui-même, après l'avoir fait signer tant par le testateur que par les témoins instrumentaires, et déclaré qu'ils l'ont effectivement signé. Intervient un arrêt qui, adoptant ces deux moyens, déclare le testament nul. L'héritier institué se pourvoit en cassation, et soutient qu'en adoptant le second moyen de nullité, l'arrêt a violé la décision expresse de l'avis du conseil d'état, du 16 juin 1810, approuvé le 20 du même mois (1). Que fera la cour suprême? Très-certainement elle reconnaîtra que l'arrêt a erré dans son second motif; mais elle ne l'en maintiendra pas moins, parcequ'il s'est parfaitement conformé, par son premier motif, aux dispositions des art. 972 et 1001 du Code civil.

Le même mélange ne peut pas non plus vicier un arrêt qui prononce à la fois en première ligne sur une question de droit, et subsidiairement sur une question de fait. Par exemple, un testament est attaqué comme nul dans la forme, et comme fait par un homme en démence. Arrêt qui rejette le moyen de forme, tout fondé qu'il est sur les textes les plus formels de la loi, et cependant déclare le testament nul, d'après des preuves parfaitement légales et non équivoques de la démence du testateur. L'héritier institué attaquera-t-il cet arrêt comme violant la loi d'après laquelle il aurait dû reconnaître le testament pour valable dans la forme? Il le fera vainement, et l'arrêt sera maintenu sur la seule observation que, s'il a violé la loi par l'un de ses motifs, il en a fait par l'autre une juste application.

Pourquoi, dans ces deux cas, le mélange d'un motif illégal à un motif avoué par la loi, ne vicie-t-il pas l'arrêt? Parceque les deux motifs sont indépendans l'un de l'autre; parcequ'ils portent sur des objets tout-à-fait disparates; parcequ'il n'y a rien de commun, dans le premier cas, entre la question de savoir si le testament est nul par le défaut de mention de la présence des témoins instrumentaires à la lecture des dispositions du testateur, et la question de savoir s'il est nul par le défaut de mention de la signature que le notaire y a apposée; parcequ'il n'y a rien de commun, dans le second cas, entre la question de savoir si le testateur a disposé dans les formes voulues par la loi, et la question de savoir s'il était capable de disposer; en un mot, parceque le motif illégal n'a eu ni pu avoir aucune influence sur le motif avoué par la loi.

Et c'est assez dire que la même règle doit

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Signature*, §. 3, art. 3, n°5.

Digitized by Google

s'appliquer à l'arrêt qui, en prononçant sur une pure question de fait, s'appuie sur deux motifs dont l'un est réprouvé par la loi, l'autre parfaitement légal, mais qui, par la force des choses, sont tout-à-fait indépendans l'un de l'autre. Par exemple, pour déclarer une obligation de plus de 150 francs éteinte par le paiement que le débiteur soutient en avoir fait, mais que le créancier dénie, un arrêt se fonde à la fois, et sur des présomptions non établies par la loi, et sur une quittance authentique du créancier. Assurément, si le créancier attaque cet arrêt comme violant, par son premier motif, l'art. 1353 du Code civil, qui défend aux juges d'avoir égard aux présomptions non établies par la loi dans les matières où la preuve testimoniale est interdite, on lui répondra victorieusement que ce motif n'est, dans l'arrêt, qu'une superfétation, et que l'illégalité en est suffisamment réparée par l'application que le second motif fait à la cause de l'art. 1319 du même Code.

Il en sera évidemment de même d'un arrêt qui, en se fondant sur deux motifs dont l'un est réprouvé, l'autre avoué par la loi, aura pris le soin de les présenter, non seulement comme parfaitement distincts, mais encore comme ne devant ni ne pouvant exercer l'un sur l'autre aucune espèce d'influence.

Mais qu'arrivera-t-il si, dans un arrêt rendu sur une question de fait, des motifs illégaux et des motifs avoués par la loi sont fondus ensemble, ou du moins présentés de front et mélangés de manière qu'il soit impossible d'affirmer avec une pleine certitude que ceux-là n'ont pas plus ou moins contribué avec ceux-ci à former l'opinion des magistrats? Oh! Bien sûrement alors l'arrêt n'échappera pas à la cassation, et la raison en est aussi simple que tranchante : c'est qu'il est de principe qu'une preuve devient illégale du moment que, parmi les élémens dont elle est composée, il s'en trouve un seul que la loi défendait d'y placer.

C'est ainsi que, dans un procès criminel où cinquante témoins ont été entendus aux débats publics, il suffit, aux termes des art. 317, 322 et 408 du Code d'instruction criminelle, pour faire annuler la déclaration du jury qui a été déterminée par l'ensemble de leurs dépositions, et l'arrêt de condamnation qui s'en est ensuivi, que, parmi ces cinquante témoins, il y en ait un seul qui, avant de déposer, n'ait pas prêté à l'audience le serment *de dire toute la vérité, rien que la vérité*, ou qui, se trouvant dans l'un des cas prévus par le second des articles cités, ait été entendu nonobstant l'opposition, soit du ministère public, soit de la partie civile, soit de l'accusé.

Et qu'on ne dise pas que cela est bon pour les procès criminels, mais qu'il en est autrement en matière civile, puisque l'art. 294 du Code de procédure porte expressément que *la nullité d'une ou de plusieurs dépositions n'entraîne pas celle de l'enquête.*

Il résulte bien de cet article que les juges peuvent et doivent, dans l'examen qu'ils font d'une enquête, rejeter du procès les dépositions qui leur sont démontrées être infectées de l'une des nullités prononcées par les art. 262, 271, 272, 273, 274 et 275, et se déterminer par les dépositions régulières qui restent; mais il n'en résulte certainement pas qu'ils puissent, sans rejeter expressément les dépositions nulles, en présenter le résultat concurremment avec celui des dépositions régulières, comme formant la base de leur conviction; et il est évident, au contraire, que, s'ils le font, leur arrêt sera cassé.

Qu'on ne dise pas non plus qu'il n'est écrit dans aucune loi que l'illégalité de l'un des élémens dont une preuve est composée, vicie la preuve entière.

Si cela n'est écrit textuellement dans aucune loi générale, c'est du moins la conséquence directe, immédiate et nécessaire de la défense que fait le législateur de placer tel ou tel élément au nombre de ceux qui composent une preuve; car, en l'y plaçant, on viole la loi qui le prohibe; et comme tout ce qui est fait, notamment en matière civile, au mépris d'une loi prohibitive, est réputé non avenu, *infectum*, suivant l'expression d'un texte célèbre du droit romain (1), il est clair qu'on doit le retrancher des motifs qui ont déterminé l'arrêt. Mais ce retranchement fait, que restera-t-il? Un arrêt qui n'est plus motivé comme les juges dont il est l'ouvrage, ont voulu, par le résultat de leurs délibérations, qu'il le fût; un arrêt qui n'est plus l'expression de la délibération des juges, et par conséquent un faux arrêt, un arrêt nul.

§. VIII. *A quelle époque commence pour les condamnés à des peines afflictives ou infamantes, l'incapacité dans laquelle les placent les art.* 28 *et* 34 *du Code pénal, de* déposer en justice autrement que pour y donner de simples renseignemens?

Il y a, à cet égard, une distinction à faire entre le condamné à la dégradation civique et

(1) *V.* l'article *Nullité*, §. 1.

Digitized by Google

le condamné à toute autre peine, soit simplement infamante, soit à la fois infamante et afflictive.

Le premier, comme je l'ai établi au mot *Grâce*, §. 1, n° 5, encourt, par la seule prononciation de son jugement, les incapacités dont le frappe l'art. 34 du Code pénal, et par conséquent celle dont il est ici question.

Mais, comme je l'ai prouvé au même endroit, n° 2, ce n'est que par l'exécution ou par un commencement d'exécution de son jugement, que le second encourt les incapacités que l'art. 28 du même Code fait dériver de sa condamnation; il conserve donc, tant que sa condamnation n'a pas été exécutée ou n'a pas reçu un commencement d'exécution, la faculté de déposer comme témoin dans la forme ordinaire.

Aussi Delphine Bonnet et Marianne Brémont se sont-elles vainement prévalues, contre un arrêt de la cour d'assises du département du Var, du 19 février 1826, qui les condamnait à une peine afflictive, de ce que, parmi les témoins entendus, avec prestation de serment, dans les débats, se trouvait la femme Arnaud, précédemment condamnée à la peine de réclusion, mais dont la condamnation, quoique devenue irrévocable par le rejet de son recours en cassation contre l'arrêt qui l'avait prononcé, n'était pas encore exécutée et n'avait encore reçu aucun commencement d'exécution; il n'en est pas moins intervenu, le 8 avril de la même année, au rapport de M. Ollivier, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Laplagne-Barris, un arrêt par lequel,

« Attendu que, si l'art. 28 du Code pénal déclare que l'individu condamné à la peine de.....la réclusion, ne pourra déposer en justice autrement que pour y donner de simples renseignemens, cet effet de la condamnation ne peut commencer qu'au moment où commence la durée de la peine;

» Qu'en effet, l'art. 23 du même Code veut que la durée de la peine de.....la réclusion ne commence qu'à dater du jour de l'exposition; que c'est donc de ce jour aussi que doivent commencer à être appliquées les incapacités résultant du caractère afflictif ou infamant de la peine;

» Que c'est d'après le même principe que l'art. 26 du Code civil avait statué que les condamnations contradictoires n'emporteraient la mort civile qu'à dater du jour de leur exécution, et qu'il y a eu parité de raison pour faire dater de la même époque la privation partielle, comme la privation totale, des droits civils résultant des condamnations pénales afflictives ou infamantes énoncées dans les art. 23 et 28 du Code pénal de 1810;

» Et attendu que, dans l'espèce, si la condamnation de la femme Arnaud à la peine de la réclusion, était devenue irrévocable par le rejet de son pourvoi, lors de son audition comme témoin avec prestation de serment, à l'audience du 19 février dernier de la cour d'assises du Var, néanmoins il n'avait pas encore été procédé contre elle à l'exécution de la peine pour l'exposition; que conséquemment alors, elle n'était pas encore frappée de l'incapacité de déposer en justice comme témoin, déclarée par l'art. 28 du Code pénal...;

» La cour rejette le pourvoi... (1) ».

§. IX. *Cette incapacité peut-elle être alléguée comme moyen de cassation, devant la cour suprême, lorsqu'il n'y a pas eu, devant la cour ou le tribunal dont l'arrêt ou le jugement est attaqué, opposition à ce que le témoin qui en était entaché, fût entendu avec prestation de serment?*

Nulle difficulté sur la négative, en matière civile.

Sans doute, dans la disposition des art. 28 et 34 du Code pénal par laquelle il est dit que le condamné à une peine afflictive ou infamante, *ne pourra jamais.... déposer en justice autrement que pour y donner de simples renseignemens*, les mots *ne pourra jamais* forment une prohibition; sans doute, en matière civile, les contraventions aux lois prohibitives, emportent, de plein droit, comme je l'ai remarqué ci-dessus, §. 7, la peine de nullité. Mais tout ce qui résulte de là, c'est que la déposition assermentée d'un témoin condamné à une peine afflictive ou infamante, doit être déclarée nulle, lorsqu'elle a eu lieu nonobstant l'opposition de l'une des parties; et la preuve que l'on ne peut pas en conclure que la nullité d'une pareille déposition puisse être demandée, soit par la partie qui a fait citer le témoin, soit par celles qui ont consenti à son audition, c'est qu'encore qu'il soit dit par l'art. 268 du Code de procédure civile, que « nul ne pourra être assigné comme témoin, s'il est parent ou allié en ligne » directe de l'une des parties ou son conjoint », il est néanmoins bien constant et universellement reconnu que, si, par exemple, le père ou le fils de l'une des parties est non seulement cité, mais même dépose comme

(1) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 31, page 189.

Digitized by Google

témoin de leur consentement mutuel, ou, ce qui est la même chose, sans opposition de la part de l'un ni de l'autre, sa déposition est valable.

Ce serait donc bien vainement que l'on attaquerait par un recours en cassation, l'arrêt ou le jugement qui, en prononçant sur le résultat d'une enquête dans laquelle un condamné à une peine afflictive ou infamante, aurait été entendu sans qu'aucune des parties s'y fût opposée, n'aurait pas, d'office, ordonné le rejet de la déposition de ce témoin.

En est-il de même dans les matières criminelles, correctionnelles ou de police?

Il y aurait peut-être lieu d'en douter, si l'on pouvait appliquer à ces matières, le principe que la peine de nullité est, de plein droit, sous-entendue dans les lois prohibitives, parceque, dans cette hypothèse, on pourrait dire qu'il y a nullité de procédure et d'instruction, et que, hors les cas où la loi en dispose autrement, toute nullité de cette nature peut être proposée comme moyen de cassation, quoiqu'elle n'ait pas été relevée devant la cour ou le tribunal dont elle entache l'arrêt ou le jugement.

Mais, d'abord, il est certain, comme je l'ai prouvé à l'article *Nullité*, §. 1, n° 9, que l'on ne peut pas appliquer aux dispositions du Code d'instruction criminelle, le principe que la peine de nullité est, de plein droit, sous-entendue dans les lois prohibitives.

Ensuite, que sont les art. 28 et 34 du Code pénal, en tant qu'ils déclarent que le condamné à une peine afflictive ou infamante, *ne pourra jamais être entendu comme témoin en justice, que pour y donner de simples renseignemens?* Rien autre chose qu'un appendice au Code de procédure civile et au Code d'instruction criminelle; car ils ne font qu'ajouter les condamnés à des peines afflictives ou infamantes, aux listes qui contiennent des incapables de porter témoignage en justice, l'art. 268 de l'un, et les art. 156, 189 et 322 de l'autre.

C'est donc comme si l'art. 268 du Code de procédure civile disait que « nul ne pourra » être assigné (ni à plus forte raison déposer) » comme témoin, s'il est parent ou allié en » ligne directe de l'une des parties, ou de son » conjoint, *ou s'il a été précédemment condamné à une peine afflictive ou infamante* ».

C'est donc également comme si les art. 156, 189 et 322 du Code d'instruction criminelle étaient ainsi conçus :

« Ne pourront être reçues les dépositions

» 1° Du père, de la mère, de l'aïeul, de l'aïeule, ou de tout autre ascendant de l'accusé ou de l'un des accusés présens et soumis au même débat;

» 2° Du fils, fille, petit-fils ou petite-fille ou de tout autre descendant;

» 3° Des frères et sœurs;

» 4° Des alliés aux mêmes degrés;

» 5° Du mari ou de la femme, même après le divorce prononcé;

» 6° Des dénonciateurs dont la dénonciation est recompensée pécuniairement par la loi;

» 7° *Des individus précédemment condamnés à des peines afflictives ou infamantes* ».

Mais de là même il suit nécessairement que l'on doit appliquer à ceux-ci, comme aux autres incapables de déposer en justice, qui sont signalés par les articles cités, la disposition des mêmes textes par laquelle il dit : « Sans » néanmoins que l'audition des personnes » ci-dessus désignées, puisse opérer une nul- » lité, lorsque, soit le procureur général, » soit la partie civile, soit les accusés, ne se » sont pas opposés à ce qu'elles soient en- » tendues ».

Et dès-là, nul doute qu'il y aurait impossibilité de casser un arrêt ou jugement en dernier ressort, rendu en matière criminelle, correctionnelle ou de police, sous le prétexte que, parmi les témoins entendus dans les débats avec prestation de serment, il s'en serait trouvé un qui eût précedemment subi une peine afflictive ou infamante.

C'est effectivement ce qu'ont jugé les deux arrêts suivans.

Jean-François Kerleu, condamné à la peine de mort par un arrêt de la cour d'assises du département du Nord, d'après une déclaration du jury, sur la question de savoir s'il était coupable de plusieurs tentatives de crimes capitaux, s'est pourvu en cassation, et a fondé son premier moyen sur ce que Charles-Joseph Lefèvre, l'un des témoins qui avait été entendu dans les débats avec prestation de serment, avait été précédemment condamné à une peine afflictive et infamante.

Mais par arrêt du 18 novembre 1819,

« Ouï le rapport de M. Aumont, conseiller, et M. Freteau, avocat-général, en ses conclusions;

» Attendu, sur le premier moyen de cassation présenté par le réclamant, que les condamnés aux peines afflictives ou infamantes, ne sont pas dénommés dans la disposition prohibitive de l'art. 322 du Code d'instruction criminelle; qu'il s'ensuit que leur audition avec prestation préalable de serment n'est pas un vice irritant dont puisse résulter

Digitized by Google

la nullité de la procédure dans laquelle ils auraient été ainsi entendus;

» Que, si l'accusé s'opposait à l'audition de ces individus à raison de leur condamnation légalement constatée, alors seulement il y aurait lieu à annullation, parcequ'ils auraient été entendus comme témoins, contre le texte formel de l'art. 28 du Code pénal, dont la cour d'assises n'aurait pu ignorer que la disposition leur était applicable;

» Que, dans l'espèce, il n'est ni constaté par le procès-verbal des débats, ni même allégué par le réclamant, qu'il y ait eu, de sa part, opposition à l'audition comme témoin de Charles-Joseph Lefèvre, à raison de sa condamnation à une peine afflictive et infamante, ou que le fait de cette condamnation ait du moins été allégué et justifié....;

» D'après ces motifs, la cour rejette le pourvoi de Jean-François Kerleu... (1) ».

Le 14 décembre 1824, arrêt de la cour d'assises du département de la Seine-Inférieure, qui condamne le nommé Paris à 6 ans de travaux forcés pour vol avec effraction.

Paris se pourvoit en cassation, et expose que le nommé Dumoulin, l'un des témoins à charge qui ont été entendus dans les débats, avait été condamné précédemment à la peine de la réclusion et l'avait subie; que cependant il avait déposé avec prestation de serment, et que, par là, l'art. 28 du Code pénal avait été violé; qu'à la vérité, Paris ne s'était pas opposé à ce que Dumoulin déposât dans cette forme; mais qu'il n'avait gardé le silence sur l'incapacité de celui-ci, que parcequ'il l'ignorait; et que par conséquent il n'avait pas renoncé au droit de s'en prévaloir.

Mais par arrêt du 22 janvier 1825, au rapport de M. Blondel d'Aubers, et sur les conclusions de M. l'avocat-général de Vatimesnil,

« Attendu, sur le moyen proposé par le réclamant, que les condamnés à des peines afflictives et infamantes ne sont pas compris au nombre de ceux dont l'art. 222 du Code d'instruction criminelle déclare que les dépositions ne pourront être reçues, et qu'aux termes de cet article, l'audition des personnes qu'il désigne, ne peut opérer une nullité, lorsque, soit le procureur général, soit la partie civile, soit les accusés, ne se sont pas opposés à ce qu'elles soient entendues;

» Qu'à la vérité, l'art. 28 du Code pénal déclare que quiconque aura été condamné à la peine des travaux forcés à temps, du bannissement, de la réclusion ou du carcan, ne pourra jamais déposer en justice autrement que pour y donner de simples renseignemens; mais qu'il suit de la combinaison de cet article avec les dispositions de l'art. 322 du Code d'instruction criminelle, que l'audition d'une personne condamnée à une de ces peines, avec prestation préalable de serment, lorsque, ni la partie publique, ni la partie civile, ni l'accusé ne s'y sont opposés, ne saurait frapper de nullité la procédure dans laquelle elle aurait été entendue;

» Que, dans l'espèce, il n'est ni constaté par le procès-verbal des débats, ni même allégué par le réclamant, qu'il y ait eu de sa part opposition à l'audition du témoin Dumoulin, à raison de sa condamnation à une peine afflictive et infamante, ou que, du moins, le fait de cette condamnation ait été allégué;

» La cour rejette le pourvoi... (1) ».

De ce que, dans le dernier motif de chacun de ces deux arrêts, il est dit que le réclamant n'allègue même pas que *que le fait de la condamnation* précédente dont il s'agissait, à une peine afflictive et infamante, *ait été allégué* avant l'audition assermentée de ce témoin, on ne doit sûrement pas conclure que la cour de cassation aurait accueilli le recours qu'elle a rejeté, si le réclamant eût soutenu que l'allégation de ce fait avait eu lieu devant la cour d'assises, quoique d'ailleurs la preuve n'en eût pas été rapportée; car, pour empêcher que le témoin dont il s'agissait, ne fût admis à la prestation du serment, il n'aurait pas suffi d'alléguer que ce témoin avait été condamné à une peine afflictive ou infamante, il aurait fallu le prouver.

Mais du moins ne résulte-t-il pas de ce motif, que la cour de cassation eût prononcé tout autrement qu'elle ne l'a fait, s'il eût été constant que la cour d'assises avait, au moment de l'audition assermentée du témoin, connaissance de sa condamnation précédente à une peine afflictive ou infamante, quoique d'ailleurs le réclamant ne se fût pas opposé à cette audition?

Je crois que non, et que la seule conséquence à tirer de ce motif, est que la cour de cassation a voulu dire, non seulement que, quand même le fait de la condamnation précédente du témoin dont il s'agissait, à une

(1) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 24, page 368.

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, tome 25, page 177.

Digitized by Google

peine afflictive ou infamante, eût été prouvé ou tenu pour constant dans les débats, il aurait suffi pour écarter le moyen de nullité que l'on prétendait tirer de son audition sous la foi du serment, que le réclamant ne s'y fût pas opposé, mais encore que la cour d'assises n'avait ni dû ni pu repousser d'office un témoin dont la condamnation précédente à une peine afflictive ou infamante, n'était pas constatée, quoique d'ailleurs elle eût pu ou dû le faire, mais non sous peine de nullité, dans le cas où le fait de cette condamnation eût été prouvé ou reconnu (1).

C'est ce qui résulte clairement de l'arrêt de la cour de cassation, du 8 avril 1826, dont l'espèce est rapportée au paragraphe précédent.

En effet, au moment où la femme Arnaud avait déposé sous la foi du serment dans le procès de Delphine Bonnet et de Marianne Bremont, il était bien notoire qu'elle avait été condamnée depuis peu à la réclusion, puisqu'il y avait à peine deux mois qu'avait été rejeté son recours en cassation contre l'arrêt de sa condamnation (2); et il était impossible que la cour d'assises du département du Var l'ignorât, puisque c'était elle-même qui avait rendu cet arrêt, et que c'était de la prison établie près d'elle, que la femme Arnaud avait été extraite pour venir déposer à son audience.

Cependant la cour de cassation ne s'est pas bornée à dire que la femme Arnaud n'était pas incapable de déposer avec prestation de serment, parcequ'elle n'avait pas encore subi sa peine; elle a ajouté, comme motif subsidiaire :

« Attendu d'ailleurs que les demanderesses n'ont jamais formé opposition à l'ordre donné par le président de la cour d'assises, d'entendre la femme Arnaud avec prestation de serment;

» Que, dès-lors, l'audition de ce témoin ne peut, sous aucun rapport, donner ouverture à cassation »;

Et le sens de ce motif subsidiaire eût évidemment que, quand même la femme Arnaud eût déjà commencé à subir sa peine, le seul défaut d'opposition de Delphine Bonnet et de Marianne Brémont à ce qu'elle fût entendue sous la foi du serment, eût suffi pour qu'il ne résultât aucune nullité de son audition.

§. X. *Lorsque la partie contre laquelle est produit un témoin précédemment condamné à une peine afflictive ou seulement infamante, autre que la dégradation civique, s'oppose à ce qu'il soit entendu avec prestation de serment, et qu'il est prétendu par la partie adverse que la condamnation n'a pas été exécutée, sans qu'il existe ni qu'il apparaisse aucun moyen d'en vérifier sur le champ l'exécution, que doit faire le juge? Doit-il, en présumant que la condamnation n'a pas été exécutée, admettre le témoin produit à la prestation du serment? Doit-il, au contraire, en présumant que la condamnation a reçu son exécution, n'admettre le témoin qu'à donner de simples renseignemens?*

C'est un principe élémentaire qu'un fait dont la preuve n'est pas la conséquence nécessaire ou légale d'un autre fait déjà prouvé, ne se présume pas; que c'est à la partie qui l'allègue, à en fournir la preuve; et que la simple dénégation de la partie à qui on l'oppose, suffit pour le faire regarder comme non existant. *Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*, dit la loi 2, D. *de probationibus*. La loi 23 du même titre, au Code, dit également : *actor quod adserverat, probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, cùm* PER REBUM NATURAM FACTUM NEGANTIS PROBATIO NULLA SIT.

Or, l'exécution d'un jugement de condamnation à une peine afflictive ou infamante, est un fait dont la preuve n'est, ni la consé-

(1) C'est ainsi, en effet, que M. Carnot raisonne sur l'art. 156 du Code d'instruction criminelle, à propos du cas où, devant un tribunal de police, soit l'ascendant, soit le descendant, soit le frère ou la sœur, soit l'époux du prévenu, a déposé comme témoin sans opposition de la part du prévenu lui-même, ou du ministère public, ou de la partie civile.

Après avoir dit que « l'art. 156 n'a pas voulu que » l'audition d'un témoin réprochable pût vicier la pro- » cédure, lorsque le reproche n'aurait pas été proposé » avant son audition ; (que) le Code ne pouvait lais- » ser à la volonté du prévenu de se taire sur le repro- » che qu'il aurait été dans le cas de proposer, pour s'en » faire, dans la suite, un moyen d'annullation du ju- » gement qui l'aurait condamné ; (et que) si le prévenu » n'a pas proposé contre le témoin le reproche qu'il » était dans le droit de lui faire, c'est à lui qu'il peut » en imputer la faute », il ajoute : « mais le tribunal » pourrait-il, d'*office*, refuser d'entendre un témoin, » parent ou allié du prévenu? L'art. 156 ne l'autorise » ni le défend; et ce que la loi n'autorise ni ne dé- » fend, peut être fait ou ne l'être pas, sans qu'on » puisse en tirer aucune conséquence favorable ou » contraire ».

(2) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1826, partie 1, page 321.

Digitized by Google

quence nécessaire, ni la conséquence légale du jugement même; et cela est si vrai que l'art. 478 du Code d'instruction criminelle prescrit, pour la constater, des formalités à part, et qui n'ont rien de commun avec celles dont la loi fait dépendre la preuve que le jugement a été rendu.

Cette exécution ne peut donc, en cas de dénégation, être censée avoir eu lieu, qu'autant qu'il en existe une preuve spéciale; et par conséquent point de preuve spéciale de l'exécution du jugement, point de présomption que le jugement a été exécuté.

Cela posé, et en nous reportant au principe établi ci-dessus, §. 8, que les incapacités résultant d'un jugement de condamnation, ne sont encourues que par l'exécution de ce jugement, comment pourrait-on refuser au condamné dont il n'est pas prouvé que le jugement ait été exécuté, l'exercice de tous les droits civils et politiques dont il serait impossible de lui contester la jouissance, s'il était constant qu'il n'a pas subi sa peine? Il faudrait, pour cela, attribuer à une cause qui est censée ne pas exister, par cela seul que l'existence n'en est pas prouvée, le même effet qu'elle produirait si l'existence en était indubitable; il faudrait méconnaître la grande règle, *paria sunt in jure non esse et non apparere.*

Aussi est-il généralement reconnu qu'un condamné par contumace, soit à la peine de mort, soit à celle des travaux forcés à perpétuité, soit à celle de la déportation, ne peut être censé, même après qu'il s'est écoulé plus de cinq ans depuis la prononciation de son jugement, avoir encouru la mort civile, qu'autant que l'on rapporte une preuve non équivoque que son jugement a été exécuté par effigie depuis plus de cinq ans (1).

Et quelle raison y aurait-il pour qu'il en fût de la privation partielle des droits civils et politiques, autrement que de la privation totale des mêmes droits, ou, en d'autres termes, de la mort civile? Il ne peut y en avoir aucune.

Donc, lorsqu'un individu précédemment condamné à une peine afflictive ou infamante, est cité en justice comme témoin, et qu'il est amené ou se présente pour déposer, on ne peut, s'il nie que son jugement ait été exécuté, le traiter comme incapable de prêter serment, à moins que la preuve de l'exécution de son jugement ne soit rapportée.

Donc, recevoir sa déposition sans prestation de serment, ce serait violer les art. 155, 189 et 317 du Code d'instruction criminelle qui veulent, à peine de nullité, que tout témoin prête, avant de déposer, le serment de dire la vérité.

Donc, et par la même raison, il est clair que, lorsque des lettres de grâce pure et simple ont été accordées à une condamné à une peine afflictive ou infamante, et que l'on ignore si c'est avant ou après l'exécution du jugement qu'elles l'ont été, on doit présumer qu'elles l'ont été avant cette exécution; que, par suite, on doit les regarder, non seulement comme ayant remis la peine, mais encore comme ayant empêché qu'il ne résultât de la condamnation de celui qui les a obtenues, l'incapacité de déposer en justice sous la foi du serment; et par une conséquence ultérieure, que la loi serait violée, si, quoiqu'il soutînt, et que la partie à la requête de qui il a été cité, soutînt avec lui, que son jugement n'a pas été exécuté, on ne recevait sa déposition que par forme de renseignement et sans serment préalable.

Il est vrai que, pour rejeter, par son arrêt du 6 juillet 1827, rapporté à l'article *Grâce*, §. 1, n° 3, le recours en cassation du nommé Jacquin contre un arrêt de la cour d'assises du département du Jura, qu'il arguait de nullité en ce qu'un témoin à décharge qu'il avait fait citer, n'avait pas été admis à la prestation du serment avant de déposer, parcequ'il avait été précédemment condamné à une peine afflictive, quoiqu'il eût depuis obtenu des lettres de grâce, la cour suprême ne s'est pas seulement fondée sur le principe que les lettres de grâce pure et simple *ne délient pas celui à qui elles sont accordées, de l'incapacité de témoigner en justice*, et qu'à ce motif elle en a ajouté un ainsi conçu: *Attendu que, dans l'espèce, rien n'établit que le témoin à décharge entendu en vertu du pouvoir discrétionnaire, et auquel on a refusé de l'entendre sous la foi du serment, n'est pas subi l'exécution de son jugement de condamnation.*

Mais à propos de quoi ce second motif a-t-il été ajouté au premier? C'est ce que n'apprennent ni l'arrêt ni les auteurs d'après lesquels j'en ai rendu compte à l'endroit cité.

J'ai cru qu'il pourrait se trouver quelques éclaircissemens là-dessus dans les pièces annexées à la minute de l'arrêt, mais mon attente a été trompée.

Les pièces annexées à la minute de l'arrêt, sont le mémoire en cassation de Jacquin, et les observations faites sur le contenu de ce

(1) *V.* l'article *Succession*, §. 11.

Digitized by Google

mémoire par le procureur du roi près la cour d'assises du département du Jura.

Dans son mémoire en cassation, Jacquin présentait en ces termes la nullité dont il arguait l'arrêt de sa condamnation :

« Le sieur Étienne Prost, témoin cité à la » requête de l'accusé, n'a point été admis à » la prestation de serment, sous prétexte » qu'il avait subi, en 1816, une condamna- » tion. Cependant à l'audience même, ce té- » moin annonça, ce qui ne fut point contredit » par le ministère public, qu'il n'avait point » subi sa condamnation, ayant obtenu grâce » entière. Il devait donc jouir de tous ses » droits civils ».

Et voici ce que répondait le procureur du roi à ce moyen :

« Étienne Prost a été condamné à 12 années de travaux forcés, par la cour d'assises du département du Jura, le 29 septembre 1817.

» A la vérité, le roi a daigné lui accorder remise de cette peine ; ce fait n'a pas été contesté aux débats par le ministère public ; mais les lettres de grâce qui paraissent avoir été enregistrées en 1818, à la cour royale de Besançon, n'ont pas été transcrites au greffe du tribunal de Lons-le-Saulnier, et n'ont été produites à l'audience du 4 juin dernier, ni par l'accusé, ni par Étienne Prost. Il n'était par conséquent pas prouvé, rien même ne faisait présumer, que la grâce accordée à ce dernier, eût été accompagnée de sa réintégration dans ses droits politiques et civils.

» *Il résulte du procès-verbal des débats que l'accusé n'a fait aucune réquisition tendant à ce que ce témoin prêtât serment.* Dès-lors, aux termes de l'art. 28 du Code pénal, dont les dispositions s'appliquent à tout condamné, il ne pouvait donner à la justice que de simples renseignemens ; dès-lors, le président de la cour d'assises n'a violé aucune loi, et s'est, au contraire, conformé à l'article précité, en n'admettant pas, *ensuite de l'opposition du ministère public*, Étienne Prost à déposer, comme témoin, sous la religion du serment ».

Ainsi, deux faits bien constans : d'une part, le ministère public s'était opposé, dans les débats, à ce que le témoin Étienne Prost déposât sous la foi du serment ; de l'autre, l'accusé Jacquin n'avait fait aucune réquisition contraire à celle du ministère public.

L'accusé Jacquin avait donc reconnu, devant la cour d'assises, que son témoin à décharge n'avait obtenu ses lettres de grâce, qu'après un commencement d'exécution de l'arrêt qui l'avait condamné à la peine des travaux forcés à temps ; et, dès-là, il était évidemment non recevable à soutenir le contraire devant la cour de cassation.

Aussi ne le soutenait-il pas. Il disait bien qu'Étienne Prost *avait annoncé* devant la cour d'assises, sans que cela eût été *contredit par le ministère public, qu'il n'avait point subi sa condamnation, ayant obtenu grâce entière.* Mais qu'entendait-il et que pouvait-il entendre par là ? Rien autre chose sans doute, si ce n'est qu'Étienne Prost avait annoncé devant la cour d'assises, qu'il n'avait pas été employé aux travaux forcés ; car, s'il eût voulu dire qu'Étienne Prost avait annoncé devant la cour d'assises qu'il n'avait point subi *l'exposition* qui formait le commencement de l'exécution de sa peine, il n'aurait pas pu ajouter que le ministère public n'avait point, à cet égard, contredit Étienne Prost, puisque le ministère public s'était expressément opposé à ce que celui-ci fût entendu sous la foi du serment, et qu'il n'avait pu fonder son opposition que sur le fait bien notoire à Lons-le-Saulnier, siége de la cour d'assises du département du Jura, et dont la preuve légale existait d'ailleurs au greffe de cette cour, qu'Étienne Prost avait effectivement subi l'exposition à laquelle il avait été condamné, en même temps qu'aux travaux forcés, le 29 décembre 1817.

Mais, dès-lors, je reviens à ma question : à propos de quoi est-il dit dans l'arrêt de la cour de cassation, du 6 juillet 1827, que *rien n'établissait que le témoin à décharge n'eût pas subi l'exécution du jugement* qui l'avait condamné ? C'est ce qu'il me paraît impossible d'expliquer d'une manière satisfaisante ; car bien certainement l'arrêt ne veut pas dire que le défaut de preuve de la non exécution de la condamnation prononcée contre Étienne Prost, le 29 décembre 1817, équipolle à la preuve directe de son exécution. Le moyen, en effet, qu'une erreur aussi grave soit échappée à la cour de cassation ? Ce serait, en d'autres termes, lui imputer d'avoir mis en principe qu'un individu condamné par contumace depuis plus de cinq ans, à une peine perpétuelle, doit être réputé mort civilement, par cela seul qu'il se borne à nier que sa condamnation a été exécutée par effigie, et que c'est à lui à prouver sa dénégation ; paradoxe que l'on ne peut pas prêter sérieusement à des magistrats éclairés.

§. XI. *L'amnistie qu'obtient un condamné par contumace à une peine afflictive ou infamante, par un arrêt qui a reçu son exécution en effigie, fait-elle*

Digitized by Google

cesser son incapacité de porter témoignage en justice ?

On a vu dans le paragraphe précédent et à l'article *Grâce*, §. 1, n° 3, que l'incapacité du condamné à une peine afflictive ou infamante, par un arrêt contradictoire qui a reçu son exécution, survit aux lettres de grâce pure et simple qu'il obtient ensuite de la clémence du prince; et il semblerait à la première vue qu'il dût en être, à cet égard, du condamné par contumace, comme du condamné contradictoirement.

Mais en y réfléchissant, on aperçoit bientôt une grande différence entre l'un et l'autre.

Le condamné contradictoirement est placé par l'exécution qu'a reçue l'arrêt de sa condamnation, dans un état fixe et absolu d'incapacité dont il ne peut pas plus sortir par l'effet de lettres de grâce qui se bornent à faire cesser sa peine, qu'il n'en sortirait par la seule expiration du temps que sa peine devrait durer, si elle n'était que temporaire; et la raison en est simple : c'est que sa condamnation, par cela seul qu'elle est contradictoire, est irrévocable de sa nature; et que par conséquent elle subsiste même après qu'il a subi la peine qu'elle lui a infligée, ou qu'après avoir commencé à la subir, il a été dispensé de la subir en entier.

Il en est tout autrement du condamné par contumace. Sa condamnation, quoiqu'exécutée en effigie, ne laisse pas d'être résoluble, tant qu'elle n'est pas suivie d'un laps de vingt ans; elle s'anéantit, de plein droit, si, dans les vingt ans, il est constitué ou se constitue volontairement prisonnier; et l'on sent assez que, dans l'un et l'autre cas, l'anéantissement de la condamnation emporte l'anéantissement de l'incapacité que l'exécution figurative en a produite. Or, que fait l'amnistie qui survient après l'exécution en effigie de la condamnation? Bien évidemment elle fait l'équivalent de ce que ferait l'arrestation ou la représentation volontaire du condamné. Elle abolit donc la condamnation; elle replace donc, de plein droit, le condamné dans le même état que si la condamnation n'avait pas eu lieu.

Aussi, pour faire casser un arrêt de la cour d'assises du département de la Moselle qui les condamnait à dix ans de réclusion, Samuel Dalsace et Jacques Demanche se sont-ils vainement prévalus de ce que, parmi les témoins entendus dans les débats, s'était trouvé le nommé Frantz, qui avait été précédemment condamné par contumace à la peine de mort, mais auquel s'appliquait une amnistie proclamée depuis son jugement. Par arrêt du 20 juin 1829, au rapport de M. Brière, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Laplagne-Barris, ce moyen de cassation a été rejeté, « attendu qu'en supposant l'identité » du témoin Frantz avec l'individu portant le » même nom, condamné à mort par contu- » mace, ce condamné aurait recouvré, par » l'amnistie postérieure, l'exercice des droits » dont il aurait été privé par l'art. 28 du » Code pénal.... (1) ».

§. XII. 1° *Le juge d'instruction d'un tribunal de première instance siégeant dans une ville où il existe un conseil de guerre permanent, est-il tenu de déférer à la commission rogatoire qui lui est adressée d'une autre ville, par le capitaine rapporteur d'un autre conseil de guerre permanent, à l'effet d'entendre des témoins partie militaires et partie non militaires ?*

2° *Est-il du moins tenu d'entendre les témoins non militaires qui lui sont désignés dans la commission rogatoire ?*

Voici une espèce dans laquelle la cour de cassation vient de juger ces deux questions pour la négative.

Le 31 décembre 1829, le capitaine rapporteur du deuxième conseil de guerre permanent de Brest, adresse au juge d'instruction du tribunal de première instance de Rennes, une commission rogatoire pour entendre, en cette ville, dix témoins qui y résident, et dont cinq seulement sont militaires.

Le 12 janvier 1830, ordonnance par laquelle le juge d'instruction déclare, au bas de cette commission rogatoire, qu'il se regarde comme incompétent pour en remplir l'objet, 1° par des motifs d'économie; 2° parceque l'art. 84 du Code d'instruction criminelle ne concerne que les juges d'instruction entre eux; 3° parcequ'aucune loi n'autorise les rapporteurs des conseils de guerre à déléguer les juges d'instruction pour entendre des témoins qu'ils ne sont pas à portée d'entendre eux-mêmes; et en conséquence, ordonne que la commission rogatoire dont il s'agit, sera, à la diligence du procureur du roi, renvoyée au lieutenant général commandant la 13e division militaire.

Le procureur du roi, au lieu d'exécuter

(1) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 34, page 362.

Digitized by Google

cette ordonnance, y forme opposition devant la chambre d'accusation de la cour royale de Rennes (1), et soutient

1° Que le juge d'instruction, en se déclarant incompétent, a violé l'art. 84 du Code d'instruction criminelle; qu'en effet, les capitaines-rapporteurs remplissent, près les conseils de guerre, les fonctions de juges d'instruction, et que par conséquent ils ont avec les juges d'instruction des tribunaux ordinaires, les mêmes rapports que ceux-ci ont entre eux;

2° Qu'en tout cas, le juge d'instruction a excédé ses pouvoirs, en ordonnant le renvoi de la commission rogatoire à une autorité autre que celle qui la lui avait adressée.

Le procureur général de la cour royale de Rennes conclud, de son côté, à ce qu'il soit dit que le juge d'instruction a été valablement saisi par la commission rogatoire, relativement aux témoins non militaires; qu'en conséquence, il sera tenu de les entendre; et que, pour le surplus, la commission rogatoire sera renvoyée au capitaine-rapporteur de Brest, pour être pris par lui telles mesures légales qu'il trouvera convenables pour l'audition des témoins militaires.

Par arrêt du 21 janvier 1830, la chambre d'accusation accueille l'opposition du procureur du roi, en tant qu'elle a pour objet de faire annuler le renvoi de la commission rogatoire a une autorité autre que celle qui en avait saisi le juge d'instruction; mais attendu que les capitaines-rapporteurs n'ont le droit de déléguer les juges d'instruction que dans le cas où il n'existe pas de conseil de guerre sur les lieux, confirme la disposition principale de l'ordonnance.

Recours en cassation contre cet arrêt, de la part du procureur général.

« La cour royale de Rennes (dit-il) a jugé qu'un conseil de guerre se trouvant à Rennes, c'était au rapporteur près ce conseil que celui de Brest devait adresser sa commission rogatoire, parceque les juges militaires ont le droit d'entendre les témoins non militaires, comme les témoins militaires.

» Il n'y a pas de difficulté sur ce droit; mais de ce principe vrai, la cour a tiré une conséquence forcée, en déclarant que, par suite de cette faculté, les rapporteurs ne pouvaient déléguer que leurs collègues dans les lieux où il s'en trouvait, pour entendre toute espèce de témoins.

» En effet, la cour royale a reconnu, en principe, que les rapporteurs avaient la plénitude des pouvoirs et attributions des juges d'instruction. Quelle est la conséquence naturelle de ce principe? C'est qu'ils peuvent saisir le juge civil, comme le juge militaire, pour faire ceux des actes de leur compétence qu'ils ne peuvent remplir par eux-mêmes.

» Une seule exception a été apportée à cette latitude par la loi du 18 prairial an 2, qui dispose que, lorsqu'il y a lieu d'entendre des militaires en activité de service, en garnison dans les lieux où il y a un conseil de guerre, les juges civils, comme les juges militaires, doivent déléguer les rapporteurs de ces conseils. On en conçoit facilement les motifs : le bien du service et la hiérarchie militaire exigent que le moins possible, l'homme sous le drapeau en soit éloigné, et ne connaisse, autant que possible, d'autre pouvoir que celui de ses chefs.

» Mais cette exception est la seule portée par la loi à la faculté qu'ont les rapporteurs de déléguer le juge civil comme le juge militaire; et il n'est pas permis aux tribunaux de suppléer au silence de la loi, surtout lorsqu'il s'agit d'établir une dérogation à la règle générale.

» Ainsi donc, au cas particulier, le rapporteur de Brest pouvait déléguer, soit le juge d'instruction de Rennes, soit le rapporteur au siège de cette ville, surtout alors qu'il y avait mi-partie de témoins ressortissant de chacun de ces juges. Mais une fois le juge d'instruction de Rennes légalement saisi, conformément à l'art. 84 du Code d'instruction criminelle, il ne pouvait se dispenser d'entendre les témoins non militaires; il ne pouvait examiner si le rapporteur à Rennes était aussi compétent, et se faire juge du choix de son mandant; en un mot, il devait exécuter la commission rogatoire en tout ce qui était de ses attributions.

» En suivant cette marche, la seule légale, le juge d'instruction de Rennes, loin de s'immiscer *sans nécessité* dans une juridiction étrangère, n'aurait fait qu'accomplir un mandat que la loi l'empêchait de refuser; et en associant la juridiction commune à la juridiction exceptionnelle, il n'aurait fait que remplir le vœu de la loi qui est de faire ressortir chacun de son juge naturel.

» Admettre le système professé par l'arrêt attaqué, serait donc établir une exception là où la loi n'en fait pas, détruire l'ordre des juridictions, remplacer la loi par la volonté du juge, et détruire une jurisprudence constante et un principe que, dans les nouveaux

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Juge d'instruction*, n° 4.

Digitized by Google

projets de Code de justice militaire, on a cherché encore à étendre davantage ».

Mais par arrêt du 11 février 1830, au rapport de M. de Ricard, et sur les conclusions de M. Voysin de Gartempe, avocat-général,

« Vu les art. 2 et 3 de la loi du 18 prairial an 2 et 13 de la loi du 13 brumaire an 5;

» Attendu qu'en jugeant qu'un juge d'instruction n'est pas tenu de procéder à l'audition des témoins militaires ou non militaires en vertu d'une commission rogatoire à lui adressée par un capitaine-rapporteur, lorsqu'il y a un conseil de guerre permanent dans le lieu où les témoins désignés doivent être entendus, l'arrêt attaqué n'a violé aucune loi;

» Par ces motifs, la cour rejette le pourvoi ».

§. XII. *Autres questions sur les Témoins judiciaires.*

V. les articles *Enquête* et *Preuve*.

TENTATIVE DE CRIME. *V.* l'article *Banqueroute*, §. 1er.

TERME *A QUO*. *Doit-on, hors des cas déterminés par l'art.* 1033 *du Code de procédure civile, ou par des lois spéciales, comprendre dans un délai légal ou conventionnel, le jour du terme* à quo, *c'est-à-dire, le jour à compter duquel ce délai commence à courir?*

J'ai soutenu la négative à l'article *Délai*, §. 4 *bis*, n° 3; et voici un arrêt de la cour de cassation à ajouter à ceux que j'ai invoqués à l'appui de mon opinion, tant dans le même article, que dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Prescription*, sect. 2, §. 2, n° 3.

Le 28 avril 1808, décès du sieur Lelièvre de Lagrange.

Le 21 septembre suivant, le sieur Boivin, son exécuteur testamentaire, fait, au bureau de l'enregistrement de Melun, la déclaration prescrite par la loi du 22 frimaire an 7 pour la perception du droit de mutation.

Le 10 septembre 1810, la régie de l'enregistrement présente au tribunal civil de Melun une requête par laquelle, prétendant que les biens compris dans cette déclaration, n'y sont pas portés à leur juste valeur, elle demande, en vertu de l'art. 61 de la loi du 22 frimaire an 7, qu'ils soient estimés par experts.

Le 18 du même mois, jugement qui donne acte à la régie de sa demande, et ordonne la signification de sa requête, ainsi que du jugement lui-même, aux héritiers de Lagrange.

Cette signification est faite le 20, mais l'exploit n'en est enregistré que le 21.

Les héritiers partent de là pour soutenir que l'action de la régie est prescrite, parceque le terme de deux ans dans lequel sa requête devait être signifiée, était expiré le 20 septembre.

La régie répond qu'il eût été expiré en effet, si l'on eut dû y comprendre le 21 septembre 1808, jour de la déclaration faite par l'exécuteur testamentaire; mais que cela était impossible, d'après l'adage, *dies termini à quo non computatur in termino*.

Le 26 août 1812, jugement qui déclare la régie non-recevable, attendu que le délai de deux ans que lui accordait l'art. 61 de la loi du 22 frimaire an 7 pour requérir l'estimation des biens, avait couru du jour même de la déclaration de l'exécuteur testamentaire; que par conséquent il avait fini le 20 septembre 1810; et que, dès-lors, il était évidemment expiré le jour où la signification de la requête de la régie avait été enregistrée.

La régie de l'enregistrement se pourvoit en cassation, et sa requête est admise. Mais, après une discussion contradictoire, arrêt du 12 octobre 1814, au rapport de M. Cochard, sur les conclusions de M. l'avocat-général Giraud-Duplessis, et à la suite d'un délibéré en la chambre du conseil, par lequel,

« Vu l'art. 61 et l'art. 25 de la loi du 22 frimaire an 7;

» Attendu 1° qu'aux termes dudit art. 61, il y a prescription pour la demande d'un droit d'enregistrement, après deux années à compter du jour de l'enregistrement d'une fausse évaluation dans une déclaration de biens composant une succession, et pour la constater par voie d'expertise;

» 2° Qu'il est constant et reconnu, en fait, que la déclaration faite par le sieur Boivin, avoué, exécuteur testamentaire du sieur Lelièvre de Lagrange, pour et au nom de la veuve et des héritiers de celui-ci, a été par lui faite au bureau de l'enregistrement à Melun, le 21 septembre 1808;

» Que la requête tendant à obtenir une expertise, signifiée par les administrateurs de la régie aux héritiers de Lagrange, le 20 novembre 1810, n'a été enregistrée que le 21 du même mois;

» 3° Qu'à cette date, le délai de la prescription était expiré depuis le 20, puisqu'aux termes dudit art. 61, cette espèce de prescription commence à courir du jour de l'enregistrement de ladite déclaration, qui avait été faite le 21 du mois de septembre 1808;

Digitized by Google

» D'où il suit que le 20 septembre 1810 était le dernier jour pour demander ladite expertise; que ledit art. 25 qui porte que, dans les délais fixés par les articles précédens pour l'enregistrement des actes et des déclarations, le jour de la date dudit acte ou de l'ouverture de la succession ne sera point compté, est inapplicable à l'espèce actuelle, puisqu'il n'a d'autre objet que celui de déterminer le point duquel doit partir le délai qu'il accorde à ceux qui sont passibles du droit d'enregistrement à acquitter dans le cas par lui présenté, tandis que l'art. 61 n'est relatif qu'à la prescription des mêmes droits, dans les cas par lui désignés, pour le recouvrement desquels il n'accorde qu'un délai de deux ans à compter du jour de leur échéance ou de la déclaration faite au bureau d'enregistrement; ce qui démontre clairement que le jour de la remise de ladite déclaration audit bureau, fait partie de l'intervalle de deux ans accordé par ledit article à la régie de l'enregistrement pour faire le recouvrement desdits droits;

» 4° Que ledit art. 25 a ses limites naturelles qu'il n'est pas permis de franchir, qu'il doit être restreint aux cas spécifiés dans les articles qui le précèdent, et qu'il ne peut être étendu à ceux prévus et réglés par ledit art. 61;

» D'où il suit que le tribunal de Melun, en rejetant la demande de la régie, loin d'être contraire audit art. 25, l'a très-judicieusement écarté comme étranger et inapplicable à l'espèce, et qu'il a fait, au contraire, l'application la plus juste dudit art. 61 de ladite loi du 22 frimaire an 7;

» Par ces motifs, la cour rejette le pourvoi... ».

TERRAGE. §. I. 1° *Les lois des* 25 *août* 1792 *et* 17 *juillet* 1793 *ont-elles supprimé les Terrages, agriers, persières, tasques, tierces ou champarts, qui, avant l'abolition du régime féodal, formaient, entre les mains des personnes à qui ils étaient dus, des fiefs purement passifs, mais mouvans du seigneur du territoire dans lequel s'en faisait la perception?*

2° *Ont-elles supprimé indistinctement tous ceux de ces droits qui, à l'époque de l'abolition du régime féodal, étaient perçus au profit des seigneurs des lieux où ils se percevaient? Y a-t-il, à cet égard, quelque distinction à faire entre les pays de franc-alleu naturel, et les pays où était admise la règle* NULLE TERRE SANS SEIGNEUR?

3° *La coutume d'Auvergne était-elle allodiale? Quel était l'effet de son allodialité par rapport à la nature des droits de persière, terrage ou champart, perçus dans son territoire par un seigneur haut-justicier qui réunissait à cette qualité celle de seigneur direct de quelques parties de sa haute-justice?*

4° *Pouvait-on, avant le Code civil, prouver par un seul titre récognitif, l'existence d'un droit de Terrage, agrier, champart ou persière?*

La première de ces questions n'est pas résolue, comme on l'a avancé dans quelques ouvrages périodiques, par l'arrêt de la cour de cassation, du 26 pluviôse an 11, rapporté à l'article *Rente foncière, Rente seigneuriale*, § 11; car, dans l'espèce de cet arrêt, il n'était nullement prouvé que les ducs de Deux-Ponts, de qui avait été tenue en fief jusqu'en 1789, la *rente colongère* réclamée par le sieur Schawenbourg, eussent jamais été seigneurs, même en partie, de la commune d'Ammerschwir; et je dois rappeler ici que, dans le plaidoyer sur lequel cet arrêt a été rendu, j'ai perpétuellement supposé le contraire.

La difficulté reste donc entière; et pour la résoudre il faut consulter d'autres principes que ceux sur lesquels s'est fondée la cour de cassation dans l'affaire du sieur Schawenbourg.

Il est constant que, par cela seul qu'un particulier tenait en fief d'un seigneur territorial, un agrier, un champart ou un Terrage à percevoir dans l'étendue de sa seigneurie, il était censé en devoir la possession originaire à la concession que lui en avait faite ce seigneur, par la voie de l'inféodation.

A la vérité, il aurait pu ne le tenir de lui qu'en *fief offert* ou *de reprise*; mais à défaut de preuve contraire, il était censé le tenir en *fief de tradition*; car c'était par la tradition que s'étaient créés la plupart des fiefs, et c'était comme *fiefs de tradition* qu'ils étaient tous considérés, tant que la qualité de *fief offert* n'était pas justifiée.

C'est ce qu'établissent, comme de concert, tous les jurisconsultes qui ont écrit sur cet objet.

Plusieurs, il est vrai, soutiennent que les fiefs tenus de seigneurs ecclésiastiques, doivent, dans le doute, être rangés dans la classe des fiefs de pure oblation, et que c'est à celui qui les prétend fiefs de tradition, à prouver qu'ils le sont réellement. Ils se fondent, et sur la présomption déjà assez grave, qui résulte, suivant eux, du grand nombre de fiefs que l'histoire et les anciennes chartes nous

Digitized by Google

apprennent avoir été créées par l'hommage que des propriétaires faisaient volontairement de leurs biens libres et purement allodiaux, soit à un évêque, soit à un chapitre, soit à un monastère, soit même à un saint ou à une sainte; et sur la présomption encore beaucoup plus forte qu'ils tirent de l'incapacité dans laquelle était l'église d'aliéner ses immeubles, incapacité qui les conduit naturellement à dire que ce n'est point par aliénation de la part de l'Église, mais par oblation de la part des propriétaires, qu'a dû être imprimée la qualité de fiefs aux biens tenus de l'Église à foi et hommage.

Mais cette opinion a été condamnée par les plus savans interprètes. Spener, dans son Traité *de nævis feudalis jurisprudentiæ*, §. 6, et son annotateur Jenichen (1) la réfutent de la manière la plus lumineuse.

On ne peut nier, dit Jenichen, que, dans le principe, les évêques et les autres prélats n'aient eu la liberté de donner en fiefs les biens dépendans de leurs bénéfices : *Non dubium est quin ubique olim et antiquiùs episcopis et prælatis fuerit licitum feuda in ipsis ecclesiasticis bonis constituere.*. C'est ce que prouvent différens textes du livre *de usibus feudorum*, cités par ces auteurs. Le pape Urbain II, continue Jenichen, a bien tenté, par une décrétale qui est rapportée dans le même livre, de les priver de ce droit; mais cette décrétale n'a jamais eu force de loi, même en Allemagne. Et nous devons ajouter que, quand même elle aurait été reçue dans toute l'Europe, encore faudrait-il, pour en conclure que tel fief mouvant de l'Église n'a pas été créé par tradition, commencer par prouver que la création en est postérieure à la décrétale d'Urbain II.

Je ne disconviens pas, dit de son côté Spener, que plusieurs des fiefs tenus de l'Église, ont été constitués par oblation; mais ce n'est pas une raison pour présumer que tous l'ont été de même. C'est une exception dont la preuve retombe nécessairement sur celui qui s'en prévaut : *Ut negemus enim minimè quædam ecclesiastica feuda, ex prædiorum terrarumque spontaneâ oblatione, quam innata sacrarum rerum veneratio dederat, orta esse; hoc tamen ab iis videtur probandum qui rem postulant... Undè hæc colligitur veritas, non ecclesiastica feuda sine probatione pro oblatis habenda.*

Du reste, Jenichen démontre très-bien qu'en thèse générale et abstraction faite de ce qu'il pourrait y avoir de particulier à l'Église, la présomption de la qualité de fief de tradition doit l'emporter sur celle de la qualité de fief offert.

Ce n'est point, dit-il, par une présomption douteuse, c'est par ce qu'il y a de plus certain dans la nature de la chose, que l'on doit décider : *Favere potuerunt jura dubiæ presumptioni, sed favere jubentur certiori naturæ rei.* Et puisqu'il est de la nature des fiefs d'être de tradition, puisque les fiefs sont, dans les anciens monumens, qualifiés de *bénéfices*, il faut bien que tout fief soit réputé tel jusqu'à la preuve contraire : *Hoc ergò indè colligitur, quoniam hæc est feudorum natura, ut data et beneficiaria sint, pro talibus ea rectè haberi; donec altera pars contrariæ intentionis suæ rationes satis probaverit.* Cela résulte du principe que les conventions douteuses doivent s'expliquer par le droit commun et par la coutume, qui est la plus sûre interprète des lois, et que l'on doit s'en tenir au droit commun, tant qu'il ne paraît pas qu'il y ait été dérogé : *Dubiæ scilicet contrahentium conventiones ex jure communi, aut consuetudine, quæ est optima legum interpres, explicandæ sunt* (*arg.* cap. 8, X, *de consuetudine*). *Et jure communi standum, donec ei derogatum appareat; quam regulam definiri reperio ex lege* 27, C. *de testamentis, et lege* 82, §. *ult.*, C. *de appellationibus.* Ainsi, dès qu'il ne conste pas d'une oblation faite, on ne peut pas la présumer; on doit croire, au contraire, d'après le droit commun féodal et la manière la plus usitée de constituer des fiefs, que l'oblation n'a pas eu lieu : *ut adeòque dùm non constet de factâ oblatione, ea non facta ex jure feudali communi aut generaliori consuetudine censeatur.* Et ici revient très-bien ce que nous lisons dans le livre des fiefs, que c'est au vassal à prouver ce qu'il prétend avoir été stipulé contre le droit commun dans l'investiture primitive : *non indè abire mihi videtur scriptum* II, F. 2 : SI VASALLUS PACTUM SPECIALE CONTRA FEUDI CONSUETUDINEM ALLEGAT, VELUT DE FILIARUM SUCCESSIONE (*aut, quod idem fuerit, de feudi oblatione factâ*), LICEAT ET TENOREM, SI POTERIT, SICUT INVESTITURAM, PROBARE : QUOD SI IN PROBATIONE DEFECERIT, VEL CESSAVERIT, CONCEDATUR DOMINO HOC DENEGARE JURAMENTO PRÆSTITO.

Tenons donc pour constant que le Terrage, le champart, l'agrier qu'un particulier, avant 1789, tenait en fief d'un seigneur et percevait dans sa seigneurie, doit, jusqu'à la preuve du contraire, être présumé avoir appartenu originairement à ce seigneur, et n'être sorti de ses mains que par inféodation.

(1) *Thesaurus juris feudatis*, tome 1er, édition de Francfort, 1750.

Digitized by Google

Cela posé, la question de savoir si cet agrier, ce champart, ce Terrage sont abolis par les lois des 25 août 1792 et 17 juillet 1793, doit évidemment recevoir la même solution qu'elle recevrait, si ces droits étaient encore dans la main du seigneur qui les a inféodés; car, en les inféodant, le seigneur n'a point changé le caractère qu'ils avaient primitivement de lui aux redevables; l'inféodation qu'il en a faite, est, à l'égard des redevables, *res inter alios acta;* si donc ces droits étaient seigneuriaux avant l'inféodation, ils sont demeurés tels depuis l'inféodation (1); et réciproquement, si avant l'inféodation, ils n'étaient pas seigneuriaux, s'ils n'étaient que fonciers, ils ont, depuis l'inféodation, conservé leur nature primordiale de droits fonciers, ils n'ont pas été convertis par l'inféodation en droits seigneuriaux.

Nous voilà donc reportés à l'examen de la nature qu'avaient ces droits dans la main du seigneur avant l'inféodation, ou, ce qui est la même chose, à la question de savoir si, par les lois des 25 août 1792 et 17 juillet 1793, ces droits auraient été abolis au préjudice du seigneur, dans le cas où il ne les eût pas inféodés avant la suppression du régime féodal.

Or, cette question ne peut, à défaut de titres, être résolue que par la distinction que nous avons faite à l'article *Rente foncière*, *Rente seigneuriale*, §. 10, entre les pays de franc-alleu et les pays non allodiaux. C'est ce que la cour de cassation a décidé dans l'espèce suivante.

Le 3 vendémiaire an 7, Jacques-Alexis Delasalle et Marguerite de Roquelaure, son épouse, ci-devant seigneurs hauts-justiciers de Blanzat, dans la Limagne d'Auvergne, près Clermont, font assigner au tribunal civil du département du Puy-de-Dôme, Blaise Jacoux, Jean Mouly, et plusieurs autres particuliers, possesseurs de deux *tenemens* situés dans l'étendue de leur ci-devant justice, pour se voir condamner *solidairement* à leur payer les arrérages échus depuis 1793, des droits de *persière* ou champart dont ils soutiennent que ces tenemens sont grevés à leurs profit, et à en continuer le paiement à l'avenir.

A l'appui de cette demande, ils produisent deux reconnaissances notariées, du 10 mai 1772.

Par l'un de ces actes, quinze habitans de Blanzat déclarent et confessent « *tenir, porter et posséder*, et leurs auteurs et prédécesseurs avoir de tout temps et ancienneté » *tenu, porté et possédé de M. Simon, baron* » *de Tubœuf de Blanzat*, chevalier conseiller » honoraire au parlement de Paris, chevalier » de l'aigle rouge de Brandebourg, un tenement de vignes....., situé dans la *justice* » *de Blanzat*, au terroir de Charbonnier, » marqué au plan, n° 518, planche 20 *bis*, » joignant la vigne de Denis Grosgrain... de » midi et nuit (occident); et les vignes de » Pierre Jacoux..... de septentrion; celle de » Jean Bane, celle de François et Jean Salmt, » *mouvant de la censive dudit seigneur.....*, » aussi de septentrion; *à la persière à la huitième portion des fruits croissans en ladite* » *vigne* ».

Par l'autre acte, vingt-cinq habitans de Blanzat font la même déclaration relativement à « un tenement de terres, charmes » (*friches*) et rochers situés dans *les appartenances et justice de Blanzat, au terroir de* » *Bansillon*, vulgairement appelés *les terres* » *de dessus le grand bois....*, marqué au » plan, n° 483, planche 19, joignant un chemin commun faisant la séparation *du tenement de Bansillon, mouvant de la censive* » *de la reine* (1), *autrefois persiérale dudit* » *seigneur de Blanzat*, d'orient; autre tenement de terre de *la même mouvance de la* » *reine, aussi autrefois de la persière dudit* » *seigneur de Blanzat*, de midi; les terres » des habitans de Nohanent, un tertre séparant *la justice de Blanzat* de celle de Nohanent entre deux, d'occident; les terres de » Jacques Debas..., *mouvant de la directe de* » *Blanzat*, de bise, et partie d'occident..... ». Ils reconnaissent que ce tenement est grevé entre leurs mains d'une *persièr à la cinquième et sixième partie des fruits, c'est-à-dire, de onze portions deux des fruits croissant dans ledit héritage.*

Il est dit, par l'un et l'autre acte, que la persière est *portable au cuvage du seigneur de Blanzat, après avoir toutefois averti ledit seigneur ou ses préposés pour faire le compte des fruits et partage d'iceux.* Les détenteurs

(1) Cette assertion, que je reproduis ici telle que je l'avais consignée dans la première édition, m'a paru depuis trop générale. En l'examinant de près, j'ai trouvé qu'elle ne pouvait se soutenir que relativement au cas où le seigneur, en inféodant son champart seigneurial, avait en même temps inféodé la seigneurie directe du fonds sujet à ce droit; et la cour de cassation l'a ainsi jugé par plusieurs arrêts rendus sur mes conclusions. *V.* l'article *Rente foncière, Rente seigneuriale*, §. 22, et le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Champart*, n° 3; *Rente seigneuriale*, §. 2, n°s 11 et 12; et *Terrage*, n°s 2 et 3.

(1) Cette reine était sans doute Catherine de Médicis, qui avait hérité de sa mère le comté de Clermont.

Digitized by Google

promettent *de bien entretenir et cultiver lesdits héritages, en bons pères de famille; faute de quoi, et en cas de non culture pendant trois années consécutives, il sera loisible audit seigneur, ses hoirs ou ayant-cause, seigneurs et barons dudit Blanzat, de se mettre en possession desdits héritages, sans autre forme ni figure de procès.*

Les sieur et dame Delasalle, pour prouver qu'ils sont aux droits du sieur de Tubœuf, au profit duquel ces déclarations avaient été souscrites en 1772, produisent un contrat notarié du 21 février 1788, par lequel celui-ci leur a vendu « la terre et baronnie de *Blanzat, ayant haute, moyenne et basse justice, consistant en* un château, terres....., *plus, une* DIRECTE *composée* de 177 setiers de grains de toute espèces, de 150 pots de vin, 200 gelines, 96 livres en argent, *droits, cens, rentes et devoirs seigneuriaux, clauses de faute amende, et toute autre dépendance;* droits de chasse et de pêche dans l'étendue de la *justice* de ladite seigneurie; *plus, un droit de persière en grains, et un autre droit de persière en vins;* et généralement tout ce qui appartenait alors au sieur de Tubœuf, *à cause de sadite terre et baronnie de Blanzat*, sans aucune exception ni réserve ». Et ils observent que, par le même acte, il est dit que la terre de Blanzat *est en franc-alleu, à l'exception du pré du Gars, dont un quartelet est asservi à un droit de cens de deux coupes et demie, envers le seigneur de Tournoise.*

Le 26 pluviôse an 10, jugement par défaut, *faute de plaider*, qui prononce conformément aux conclusions des sieur et dame Delasalle.

Appel.

La cause portée à la cour d'appel de Riom, Blaise Jacoux, Barthélemy Drouilhat et Antoine Salacru exposent qu'ils ne possèdent actuellement, et que depuis 1793 ils n'ont jamais possédé, aucune des parties des deux tenemens prétendus grevés des droits de persière réclamés par les sieur et dame Delasalle.

Les autres appelans se défendent tant sur la forme qu'au fond.

Dans la forme, ils prétendent qu'ils ont été mal assignés.

Au fond, ils invoquent les lois des 25 août 1792 et 17 juillet 1793, comme ayant supprimé les droits dont il s'agit; et ils ajoutent que, quand même ces droits seraient considérés comme des redevances purement foncières, on devrait encore les en décharger, parceque les sieur et dame Delasalle ne produisent, pour en justifier l'existence, qu'une seule déclaration.

Arrêt du 8 nivôse an 11, qui, avant faire droit à l'égard de Blaise Jacoux, Barthélemy Drouilhat et Antoine Salacru, ordonne qu'il sera prouvé tant par titres que par témoins, qu'ils ont possédé pendant toutes ou quelques années réclamées par l'exploit de demande, des parties quelconques des tenemens affectés aux deux droits de persière; « et en ce qui touche les autres appelans, dit qu'il a été bien jugé par les jugemens dont est apppel, *ordonne néanmoins qu'ils ne seront exécutés que pour la portion des fruits qui regarde chaque tenancier, sans solidarité; condamne lesdits appelans à l'amende et aux dépens* ».

Le 25 ventôse suivant, second arrêt qui, statuant définitivement à l'égard de Blaise Jacoux, et d'après la preuve faite par les sieur et dame Delasalle, qu'il est l'un des possesseurs actuels des tenemens grevés de la persière en vins, lui déclare commun l'arrêt du 8 nivôse.

Recours en cassation contre ces deux arrêts.

« Les moyens de cassation employés par les demandeurs (ai-je dit à l'audience de la section civile, le 24 vendémiaire an 13), donnent lieu à quatre questions principales :

» La première, s'il y a lieu de casser, et surtout de casser purement et simplement, les arrêts des 8 nivôse et 25 ventôse an 11, sur le seul fondement que, bien qu'ils déchargent les appelans de la solidarité prononcée par les jugemens de première instance, ils ne laissent pas de les condamner *à l'amende et aux dépens;*

» La seconde, s'il y a lieu de les casser, pour avoir déclaré valables dans la forme, les exploits de demande des sieur et dame Delasalle;

» La troisième, s'il y a lieu de les casser, pour avoir jugé que les droits de persière dont il s'agit, considérés comme redevances purement foncières, étaient suffisamment justifiés par les reconnaissances du 10 mai 1772;

» La quatrième, s'il y a lieu de les casser, pour avoir jugé que ces droits n'avaient rien de seigneurial, et n'étaient pas, en conséquence, compris dans l'abolition prononcée par les lois des 25 août 1792 et 17 juillet 1793.

» La première question nous paraît n'offrir aucune difficulté quant à la condamnation *aux dépens*. Sans doute, s'il y avait eu contestation sur la solidarité, les appelans auraient dû être déchargés d'une portion des frais. Mais la vérité est que la solidarité, prétendue d'abord par les sieur et dame Delasalle, n'a fait la matière d'aucune discussion, soit en première instance, soit en cause d'appel. Dès là, nulle raison pour faire supporter

Digitized by Google

de ce chef aucune portion des frais aux sieur et dame Delasalle. Dès-là, par conséquent, point de moyen de cassation à tirer, pour les demandeurs, de l'art. 1er du tit. 31 de l'ordonnance de 1667.

» A l'égard de la condamnation *à l'amende*, il nous suffira d'observer que, si elle était illégale, il n'en pourrait résulter d'ouverture de cassation que dans l'intérêt du fisc. Et en effet, ce n'est pas au profit des sieur et dame Delasalle, que cette condamnation est prononcée; elle leur est même absolument étrangère : le fisc seul doit en recueillir tout l'avantage, si elle subsiste; le fisc seul, par conséquent, doit et peut en supporter l'annullation, si, dans le fait, il y a lieu de l'annuler : *eadem esse debet ratio commodi et incommodi*. Il y a plus : le fisc seul aurait qualité pour discuter avec les demandeurs, la légalité ou l'illégalité de cette condamnation; et c'est ce que vous avez jugé, le 13 fructidor an 10, au rapport de M. Doutrepont. Le sieur Arlès et la veuve Michel avaient appelé respectivement d'un jugement du tribunal de commerce de Lyon du 5 vendémiaire an 8. Par arrêt du 8 fructidor suivant, la cour d'appel de Lyon avait dit qu'il avait été bien jugé, à l'égard de l'une comme de l'autre partie, et n'avait condamné ni l'une ni l'autre à l'amende. C'était, de sa part, une contravention manifeste à l'art. 10 du tit. 10 de la loi du 24 août 1790; et le sieur Arlès ne manqua pas d'en tirer un moyen de cassation, non pas en tant que cette contravention avait été commise à son avantage (car il avouait lui-même n'être pas recevable à se plaindre d'avoir été trop bien traité par le jugement qu'il attaquait), mais en tant qu'elle avait été commise en faveur de la veuve Michel, en tant que remise avait été faite à la veuve Michel de l'amende qu'elle avait encourue. Mais ce moyen n'a fait sur vous aucune impression; vous l'avez rejeté, *attendu* (avez-vous dit) *que, quand même l'amende aurait dû être prononcée, comme elle ne devait pas appartenir au demandeur, il ne peut pas se faire de cette omission un moyen de cassation*. Et vous sentez, Messieurs, que le même motif s'applique au cas inverse de celui où se trouvait le sieur Arlès. Si le fisc seul est partie capable pour attaquer un jugement qui a illégalement dispensé un appelant de l'amende, il faut bien aussi qu'il soit seul partie capable pour défendre aux attaques dirigées contre un jugement qui a condamné à l'amende un appelant que la loi en dispensait. Or, ici, le fisc n'est pas en cause; ce n'est pas contre lui qu'est formée la demande en cassation sur laquelle vous avez à statuer; nous n'avons donc pas à nous occuper de cette partie des moyens des demandeurs; et nous devons d'autant moins nous y arrêter, que ce n'est pas sur les conclusions des demandeurs, car ils n'en avaient pas pris à cette fin, mais de son pur office, que la cour d'appel de Riom les a déchargés de la solidarité à laquelle les premiers juges les avaient condamnés.

» La seconde question, c'est-à-dire, celle qui est relative à la forme des deux exploits de demande des sieur et dame Delasalle, n'est pas plus difficile à résoudre que la première.

» D'abord, les demandeurs ont fourni leurs défenses devant les premiers juges, sans exciper du défaut d'indication, soit de la consistance, soit des tenans et aboutissans des héritages sur lesquels étaient réclamés des droits de persière; ils ont donc par là couvert ce défaut prétendu; et, dès-lors, point de contravention, de la part de la cour d'appel de Riom, à l'art. 3 du tit. 7 de l'ordonnance de 1667.

» Ensuite, les sieur et dame Delasalle avaient donné, avec leur exploit, copie des déclarations du 10 mai 1772; et par là, ils avaient complettément rempli le vœu de l'art. 6 du tit. 2 de la même ordonnance.

» Vous ne trouverez sans doute guère plus de difficulté dans la troisième question : elle consiste, comme vous vous le rappelez, à savoir si la cour d'appel de Riom a violé quelque loi, en jugeant les déclarations du 10 mai 1772 suffisantes pour prouver l'existence et la légitimité des droits litigieux, considérés comme redevances purement foncières.

» Nous savons bien que ces déclarations ne sont pas, quoi qu'en ait dit la cour d'appel de Riom, conçues dans la forme que Dumoulin qualifie de dispositive, *in formâ dispositivâ;* et cela résulte, comme l'observent très-justement les demandeurs, du seul fait qu'elles ne relatent pas la teneur ni même la date des titres primitifs.

» Nous savons encore que l'art. 1337 du Code civil s'est armé, contre les titres récognitifs, d'une très-grande sévérité; et qu'aux termes de cet article, ils ne dispensent de la représentation du titre primordial dont ils ne relatent point la teneur, que dans le cas où il s'en trouve *plusieurs conformes, soutenus de la possession, et dont l'un ait trente ans de date*.

» Mais cette disposition du Code civil n'a été décrétée que le 17 pluviôse an 12, et conséquemment elle ne peut pas être invoquée

Digitized by Google

contre deux arrêts qui l'ont précédée, l'un de plus d'un an, l'autre de plus de onze mois.

» Dira-t-on que cette disposition n'a fait que renouveler les anciennes lois sur le mérite des titres récognitifs? Mais ces anciennes lois, où sont-elles? Nulle part. Il existe, à la vérité, dans le Code de Justinien, une loi (c'est la 22e du titre *de agricolis et censitis*) qui décide que nul ne peut être déclaré esclave de la glèbe, ou serf mainmortable, sur le fondement d'une déclaration unique qu'il en aurait donnée. Mais cette loi annonce elle-même qu'elle ne dispose ainsi qu'en faveur de la liberté individuelle, et par suite du principe du droit ancien, qui voulait que nul ne pût préjudicier à son état par ses aveux même écrits et signés de sa main, s'ils n'étaient fortifiés par d'autres preuves : *cùm scimus*, dit-elle, *nostra jura nolle præjudicium generare cuiquàm* CIRCA CONDITIONEM, *neque ex confessionibus, neque ex scripturâ, nisi etiam ex aliis argumentis aliquod accesserit incrementum.....*; et plus bas : *melius etenim est... pluribus capitulis* CONDITIONES *ostendi, et non solis confessionibus neque scripturis* HOMINES FORTÈ LIBEROS *ad deteriorem detrahi fortunam*. Or, on sent assez, et Sudre en fait expressément l'observation dans ses notes sur le *Traité des droits seigneuriaux* de Boutaric, page 10, qu'un pareil texte est *très-étranger, lorsqu'il ne s'agit point de l'état des personnes, mais de fonds de terre, dont l'état mérite bien moins de faveur*. Le président Favre fait la même remarque dans son Code, liv. 7, tit. 1, déf. 19 : *intellige* (dit-il, en parlant de la règle établie par cette loi, et appliquée à ce qu'il appelle l'hommage taillable), *intellige de homagio personali; nam si de rei conditione ageretur, unica recognitio sufficeret*; et il cite Mathæus *de afflictis*, Benedicti, Jason, comme enseignant la même doctrine. Il y revient encore, liv. 4, tit. 14, déf. 10, et voici comment il s'explique : *multùm interest an de prædii, an de personæ jure et conditione tractetur. Etsi enim prædia quoque omnia præsumentur libera, et, ut loquuntur, allodialia, unica tamen professio et recognitio sufficit ut probentur feudalia vel emphyteutica; quia domino prædii licet rei suæ conditionem facere deteriorem, multò magis ex suâ confessione et enunciatione probationem adversario præbere; nulla enim fortior probatio est, quàm quæ fit per confessionem partis.*

» Cette doctrine a pourtant été combattue par d'autres auteurs, notamment par Bartole; et parmi ceux qui l'ont adoptée, il en est qui, comme Dumoulin, l'ont restreinte en ce sens, qu'un seul titre récognitif équivaut au titre primordial contre celui qui l'a signé et ses successeurs à titre universel; mais qu'elle ne prouve rien contre ses successeurs à titre singulier.

» Mais, dit Raviot sur Perrier, quest. 338, l'une et l'autre opinion est CONTRAIRE AU DROIT COMMUN. *C'est le consentement* (ajoute-t-il) *qui forme le contrat; il en résulte ce lien civil qui produit l'obligation et l'action, l'obligation de la part de celui qui promet, l'action pour celui à qui la promesse est faite. Ainsi, la simple reconnaissance qui n'est que l'aveu du droit et la confession de la dette, est un acte parfait, lorsqu'il est accepté : c'est la loi des conventions, et c'est l'une des premières règles sur lesquelles est fondé le commerce des hommes, et sur lesquelles les sociétés sont établies... Quant à la distinction de Dumoulin* inter contrahentem et tertium possessorem, *elle est plus subtile que solide. Le fonds passe toujours* cùm onere ad tertium possessorum. *Si celui qui a fait la reconnaissance, est obligé, son successeur particulier, le tiers détenteur, l'est-il moins?*

» Guy-Pape, quest. 272, assure que ces principes, dont il se déclare le défenseur, étaient, de son temps, reconnus par tous les tribunaux du Dauphiné; et nous trouvons dans le recueil de Basset, tome 1, liv. 3, tit. 3, chap. 2, un arrêt du parlement de Grenoble, du 19 novembre 1661, qui, de l'avis de toutes les chambres, juge *qu'une reconnaissance, non relative à aucune autre, peut servir de titre valable pour exiger les redevances portées par cette reconnaissance.*

» Qu'importe que des arrêts contraires aient été rendus par d'autres cours, notamment par le parlement de Bordeaux (1)? D'une part, ils n'ont pour objet que des droits seigneuriaux, et ici nous supposons qu'il s'agit de redevances purement foncières. D'un autre côté, quand ils auraient jugé de même pour des droits absolument fonciers, que pourrait-on en conclure? Rien autre chose, sinon qu'avant la publication du Code civil, la jurisprudence était incertaine sur cette matière; et assurément les arrêts de la cour d'appel de Riom ne pourraient pas être cassés pour avoir préféré, soit l'opinion du président Favre à celle de Bartole, soit la jurisprudence du parlement de Grenoble à celle du parlement de Bordeaux

» Mais au moins, disent les demandeurs, la cour d'appel de Riom a violé les lois rela-

(1) *V.* Lapeyrère, lettre R, n° 29.

Digitized by Google

tives à la forme essentielle des actes notariés; car le notaire qui a reçu les deux reconnaissances d'après lesquelles nous avons été condamnés, était en même temps fermier de la terre de Blanzat; et d'ailleurs, il manque à l'une de ces reconnaissances la signature de deux des parties qui y sont dites l'avoir signée.

» Sur la première de ces objections, nous n'examinerons pas, si, *dans le droit*, la qualité de fermier de la terre de Blanzat eût formé, dans la personne du notaire qui a reçu les deux reconnaissances, un obstacle à ce qu'il leur imprimât un caractère authentique. Mais nous dirons que, *dans le fait*, rien ne prouve que ce notaire fût en même-temps fermier de la terre de Blanzat. Il est vrai que les demandeurs l'ont articulé devant la cour d'appel de Riom; mais ils n'en ont ni rapporté ni même offert la preuve. Il est vrai encore que les sieur et dame Delasalle n'ont rien avoué ni désavoué à cet égard; mais aussi n'avaient-ils, à cet égard, ni aveu ni désaveu à faire: n'étant pas interrogés sur faits et articles, ils ont très-bien pu garder le silence sur un point qu'en leur qualité de tiers-acquereurs, ils devaient ignorer; et ce silence ne peut pas plus, de leur part, être considéré comme aveu que comme désaveu: *qui tacet non utique fatetur, verum tamen est eum non denegare*, dit la loi 142, D. *de regulis juris*.

» Quant à la deuxième objection, elle porte, comme vous le savez, sur la clôture de l'expédition de la reconnaissance relative à la persière en grains. *Fait et passé* (y est-il dit) *au château de Blanzat, en présence de Charles Pasquier, laboureur, habitant dudit lieu,* SOUSSIGNÉ AVEC LESDITS BOUCHON ET PAULET *et encore en présence de Jean Pasquier, qui et les autres confessans ont déclaré ne savoir signer de ce enquis, le* 10 *mai* 1772. *Et à la minute ont signé Pasquier et Degeorge, notaire royal.* De ce que l'expédition n'énonce à la fin comme signataires de la minute, que le notaire Degeorge et le témoin Pasquier, les demandeurs concluent que la minute n'est signée ni de Bouchon ni de Paulet. Mais là-dessus trois observations.

» 1° Si la minute était réellement destituée des signatures de Bouchon et de Paulet, ce ne serait pas une raison pour annuler la reconnaissance en entier. Elle serait nulle sans doute à l'égard de Paulet et de Bouchon, mais elle serait valable à l'égard des autres parties: *utile non vitiatur per inutile*. Si donc il y avait lieu de casser de ce chef les arrêts attaqués, ce ne serait du moins que dans l'intérêt de Bouchon et de Paulet, ou de ceux des demandeurs qui les représentent.

» 2° Est-il bien vrai que Bouchon et Paulet n'aient pas signé la minute? Le contraire nous paraît prouvé par ces termes que l'expédition rappelle comme faisant partie de la minute même, *soussigné avec lesdits Bouchon et Paulet*. Et cette preuve n'est pas détruite par la mention que fait l'expédition du témoin Pasquier et du notaire Degeorge, comme ayant *signé la minute*: l'expédition ne dit pas qu'ils l'ont signée seuls; elle ne dit pas que Bouchon et Paulet, annoncés dans le corps de l'acte comme signataires, ne le sont cependant point; elle se tait sur leur compte; et il est très-permis de croire que son silence à leur égard n'est qu'un oubli de l'expéditionnaire. Ce qu'il y a du moins de certain, c'est que les demandeurs n'ont pas fait tout ce qu'il leur était possible de faire pour constater que Bouchon et Paulet n'avaient pas signé la minute: ils auraient pu compulser la minute entre les mains du notaire qui l'a en dépôt; et puisqu'ils ont négligé un moyen aussi simple de mettre la vérité au grand jour, nous sommes autorisés à en regarder l'omission comme un hommage rendu à l'exactitude de l'assertion consignée dans le corps même de la minute, que Bouchon et Poulet y ont apposé leurs signatures.

» 3° Enfin, la cour d'appel de Riom ne s'est pas seulement fondée pour condamner les demandeurs, sur les reconnaissances de 1772: elle a encore étayé leur condamnation sur le *fait constant des perceptions antérieures* (ce sont ses propres termes); et elle aurait pu la baser encore sur le fait non moins constant, reconnu d'ailleurs devant vous par toutes les parties, que, depuis 1772, les *perceptions* se sont continuées sans interruption ni difficulté jusqu'en 1793. Or, mettons, si l'on veut, de côté les déclarations de 1772; ne nous attachons qu'au seul fait de la longue et paisible possession dans laquelle les sieur et dame Delasalle étaient en 1793, de percevoir les droits de persière qu'on leur dispute aujourd'hui: et certainement il n'en faudra pas davantage pour les faire maintenir dans la pleine jouissance de ces droits, au moins dans l'hypothèse qui nous occupe en ce moment, c'est-à-dire, dans la supposition que ces droits n'aient rien de seigneurial et soient purement fonciers, puisqu'il est aujourd'hui, comme il a toujours été, de règle que des droits purement fonciers peuvent s'acquérir par prescription ni plus ni moins que des immeubles corporels.

Digitized by Google

» Mais la supposition à laquelle nous venons de nous livrer, est-elle exacte? Ou, en d'autres termes, les droits de persière réclamés par les sieur et dame Delasalle, n'ont-ils vraiment rien de seigneurial? Et en admettant qu'ils aient été légitimement perçus tout le temps qu'a duré le régime de la féodalité, ne devons-nous pas les regarder comme abolis par les lois des 25 août 1792 et 17 juillet 1793? C'est ici, Messieurs, la quatrième, la grande question de la cause; et les conséquences majeures que doit en avoir la solution, nous imposent l'obligation de la traiter avec d'autant plus de développement, qu'elle est par elle-même très-compliquée.

» Elle se subdivise, en effet, comme vous avez déjà pu l'observer, en plusieurs ramifications; et d'abord, les droits de persière dont il s'agit, ne doivent-ils pas être réputés seigneuriaux, par le seul effet de l'art. 1er du chap. 31 de la coutume d'Auvergne, aux termes duquel *tout cens ou rente dû et assis sur fonds et héritages certains, emporte directe seigneurie, s'il n'appert du contraire?* Ce serait ici le lieu de discuter ce premier point; mais pour le faire avec toute la clarté que nous désirons y mettre, il faut entrer dans des détails qui seraient en ce moment prématurés. Nous croyons donc devoir en renvoyer l'examen après celui des autres branches de la question principale.

» En second lieu, ces droits de persière ne doivent-ils pas être présumés seigneuriaux, par cela seul que le titre constitutif n'en est pas rapporté?

» Pour établir l'affirmative, les demandeurs invoquent l'art. 5 de la loi du 25 août 1792, et l'art. 4 de la loi du 11 floréal an 3. Mais que portent donc ces deux textes?

» Le premier abolit sans indemnité *tous les droits féodaux et censuels, toutes les redevances seigneuriales en argent, grains, volailles, cire, denrées ou fruits de la terre, servis sous les dénominations de... champart, tasque, terrage, agrier*, etc., qui ne seront pas *justifiés* par titres primordiaux *avoir pour cause une concession de fonds*. Mais il n'abolit ces *droits*, qu'autant qu'ils sont *féodaux* ou *censuels*; il n'abolit ces *redevances*, qu'autant qu'elles sont *seigneuriales*. Il n'abolit donc pas les droits purement fonciers, les redevances purement foncières. Et dès qu'on ne peut pas leur appliquer l'abolition qu'il prononce, bien évidemment on ne peut pas non plus leur appliquer la clause par laquelle il n'excepte de cette abolition que le cas de preuve directe, authentique et primordiale d'une concession de fonds. En deux mots, il ne dispose que pour les droits reconnus féodaux ou censuels, que pour les redevances reconnues seigneuriales; et vouloir argumenter de sa disposition relativement à des droits qui sont prétendus être purement fonciers, ou à des redevances qui sont prétendues être purement foncières, c'est vouloir résoudre la question par la question elle-même.

» A l'égard de l'art. 4 de la loi du 11 floréal an 3, il faut, pour le bien apprécier, le comparer avec le préambule et avec les autres dispositions de la même loi. Le préambule est ainsi conçu : *La Convention nationale, après avoir entendu le rapport de son comité des finances, section de la liquidation, décrète....* Ces termes annoncent déjà que le législateur n'est occupé que de mesures financières, qu'il n'a en vue que les intérêts du trésor public, et que ce n'est pas pour régler les droits des particuliers entre eux qu'il va disposer. Viennent ensuite trois articles qui portent, le premier, que *les propriétaires des rentes foncières dues par la république, qui n'ont pu faire la production des titres constitutifs desdites rentes, seront admis à la liquidation, s'ils ont rapporté trois titres récognitifs joints à la preuve de la possession actuelle de leurs rentes*; le second, *que ceux qui n'ont pu rapporter ces trois titres, seront admis à la liquidation, s'ils justifient d'une possession quarantenaire, appuyée d'un titre récognitif ou de propriété*; le troisième, *que lesdits propriétaires feront au liquidateur la déclaration qu'ils ne retiennent ni directement ni indirectement aucun titre, et s'engageront à représenter ceux qu'ils trouveront, à peine d'être déchus de toute répétition envers la république*. Assurément, toutes ces mesures sortent de la sphère du droit commun, qui, à l'époque de la confection de cette loi, régissait les rentes foncières dues de particuliers à particuliers. A l'époque de la confection de cette loi, il n'y en avait aucune qui, pour justifier l'existence d'une rente foncière entre particuliers, exigeât, soit la production de trois titres récognitifs, soit la preuve d'une possession quarantenaire, appuyée d'un titre récognitif ou de propriété, soit la déclaration de ne retenir directement ou indirectement aucun titre, soit l'engagement de représenter ceux qu'on pourrait retrouver par la suite. Tout, à cet égard, est droit nouveau; et ce droit nouveau n'est introduit qu'en faveur du fisc, que pour garantir le trésor public des surprises que l'on pourrait faire au liquidateur. Non seulement il n'y a là rien qui puisse être appliqué aux rentes foncières dues de particuliers à parti-

Digitized by Google

culiers, mais ce que la loi prescrit à l'égard des rentes foncières dues par la république, prouve que, même pour celles-ci, il n'est pas nécessaire de rapporter le titre constitutif. Aussi l'art. 4, c'est-à-dire, le texte invoqué par les demandeurs, n'exige-t-il le rapport du titre constitutif, que dans le cas où il *n'est pas évident que la rente à liquider est d'une origine purement foncière*; et, comme l'on voit, tout ce qu'il est permis, en bonne logique, d'inférer de là, c'est que, relativement au particulier qui se prétend créancier de la république d'une rente foncière, la présomption est toute en faveur de la république elle-même; c'est que le poids de la preuve directe que cette rente est effectivement foncière, retombe entièrement sur le prétendu créancier. Mais c'est encore une exception dont l'intérêt fiscal est le seul motif; cette exception ne peut donc pas être entendue hors de ses termes précis; elle ne peut donc pas être tirée à conséquence entre particuliers.

» Et c'est ce que la cour a jugé solennellement dans deux espèces. Le 3 pluviôse an 10, au rapport de M. Boyer, elle a rejeté la demande de Sébastien Flecten et consorts en cassation d'un jugement qui les condamnait à payer une rente foncière; et elle l'a rejetée, sur le fondement qu'ils n'avaient pas *justifié* que cette rente *participât aucunement aux caractères* de rente féodale. Et le 26 pluviôse an 11, au rapport de M. Lombard, elle a rejeté une demande semblable de Jean-François Marquès et consorts, par le motif qu'ils n'avaient pas *justifié* que la rente dont il s'agissait, eût *un caractère véritable et certain de féodalité*.

» Mais si, en thèse générale, une rente foncière n'est pas présumée, entre particuliers, avoir été féodale dans son origine, n'en est-il pas autrement lorsque cette rente consiste dans un droit de champart ou persière, et que ce droit est réclamé par un ci-devant seigneur? Tel est le troisième point de vue sous lequel notre quatrième question doit être envisagée.

» Or, à cet égard, il est une première vérité très-constante : c'est que le champart n'est pas essentiellement seigneurial; et ce qui le prouve jusqu'à la dernière évidence, c'est que les lois romaines parlent du champart comme d'un droit purement foncier; c'est que la loi du 25 août 1792 elle-même reconnaît, art. 17, qu'il existe des *champarts qui ne tiennent point à la féodalité*.

» Quant au point de savoir si un champart qui, avant l'abolition de la féodalité, était possédé par un seigneur, ne formait pas dans sa main un droit seigneurial, il faut distinguer.

» Ou ce champart se percevait dans un pays allodial, c'est-à-dire, dans un pays où tout bien était, de droit, présumé franc-alleu, s'il n'était prouvé fief ou censive; ou il se percevait dans un pays soumis à la règle, *nulle terre sans seigneur*.

» Au premier cas, le champart, quoique possédé par un seigneur, n'était pas réputé seigneurial, parceque, pour avoir ce caractère, il eût fallu que les héritages sur lesquels il se percevait, eussent été concédés par le seigneur qui en faisait la perception, sous la réserve du domaine direct; et que jamais, dans ces contrées, le domaine direct n'était présumé avoir été séparé du domaine utile; parceque, dans ces contrées, cette séparation qui constituait essentiellement la seigneurie, ne pouvait être prouvée que par titres. C'est ce qu'enseignent en effet tous les auteurs des pays allodiaux. D'Olive, liv. 2, chap. 24, après avoir dit que le cens présuppose absolument la seigneurie directe, ajoute qu'il en est autrement du champart. Graverol, sur le *Traité des droits seigneuriaux* de Laroche, dit que *le champart n'est point incompatible avec la directe : il était donc bien éloigné de penser* (comme l'observe fort judicieusement Boutaric, dans son *Traité des droits seigneuriaux*, chap. 5, n° 3, *que le champart pût emporter de lui-même la directe sur l'héritage*. Bretonnier sur Henrys, tome 1, liv. 1, quest. 34, et les nouveaux éditeurs de Denisart, au mot *Champart*, enseignent pareillement que, dans les pays allodiaux, le champart n'emporte point la directe seigneuriale, s'il n'y en a des titres exprès.

» Au second cas, si le champart était la seule redevance que le seigneur perçût sur les héritages qui y étaient assujétis et qui faisaient partie de son enclave, il tenait lieu de *cens* et il en avait toutes les prérogatives, notamment celle de l'imprescriptibilité. C'est ce qu'attestent Charondas, sur l'art. 73 de la coutume de Paris; Bacquet, dans son *Traité des droits de francs-fiefs*, chap. 7, n° 17; Loyseau, *du déguerpissement*, liv. 1, chap. 5, nos 9 et 11; et c'est ce qu'ont jugé des arrêts du parlement de Paris de 1537, 1573, 1577, 1589, 1595, 1603 et 1738, cités par Brodeau sur Louet, lettre C, §. 19, Montholon, §. 61, Guyot sur l'art. 55 de la coutume de Mantes, et les nouveaux éditeurs de Denisart, à l'endroit que nous venons d'indiquer.

» Si le champart se trouvait joint à un cens, les auteurs des pays non-allodiaux faisaient une sous-distinction.

Digitized by Google

» Ou il était prouvé que le champart avait été constitué avant le *cens*, et alors ils le réputaient seigneurial, parcequ'en effet, dans ce cas, il était lui-même un cens véritable, et que le *cens* qu'on y avait ajouté après coup, n'en avait que le nom.

» Ou il était incertain lequel des deux droits avait été créé avant l'autre; et alors ces auteurs les considéraient comme établis simultanément par l'acte de concession primitive des fonds soumis au champart en même temps qu'au cens; en conséquence, ils ne regardaient comme seigneurial que le cens proprement dit, et le champart n'était à leurs yeux qu'une rente purement foncière.

» Mais cette sous-distinction n'était pas admise dans les pays allodiaux : on y tenait pour maxime, dit Boutaric, à l'endroit déjà cité, que *bien loin que le champart cessât d'être considéré comme seigneurial, parcequ'il était joint avec une censive, c'était cette jonction avec une censive qui devait lui attribuer plus ouvertement le caractère de prestation seigneuriale.* Basset établit la même chose par rapport au Dauphiné, tome 2, liv. 6, tit. 8, chap. 2.

» Et c'est en adoptant cette jurisprudence, que les lois des 2 octobre 1793 et 7 ventôse an 2 ont enveloppé dans l'abolition du cens proprement dit, les redevances foncières et par conséquent les champarts qui, par les actes d'acensement, avaient été constitués par addition au cens.

» Ainsi, il importe peu, dans l'état actuel de notre législation, qu'en pays non-allodial, le champart ait été perçu seul, ou qu'il l'ait été conjointement avec un cens, et que, dans ce dernier cas, il ait été établi en même temps que le cens, ou qu'il l'ait été auparavant. Dans toutes ces hypothèses, il est aboli par la loi du 17 juillet 1793, parceque, dans toutes, il est, de droit, présumé, ou seigneurial, ou constitué simultanément avec un cens récognitif de la seigneurie.

» Mais par la raison contraire, en pays allodial, le champart ne peut être consideré comme frappé de suppression, même au préjudice d'un ci-devant seigneur, qu'autant qu'il est prouvé avoir été seigneurial, ou, ce qui est la même chose, qu'autant qu'il est prouvé avoir pour cause primitive une concession de fonds avec réserve de la seigneurie directe.

» A cette distinction, d'une haute importance sans doute, les demandeurs opposent le décret du 6 messidor an 2; et quoique ce décret ne parle que des rentes foncières, ils soutiennent qu'on doit l'appliquer aux champarts.

» Là-dessus, nulle difficulté : le champart est à la rente foncière, ce que l'espèce est au genre. Ainsi, point de doute que, si, en pays allodial, la rente foncière est présumée seigneuriale, par cela seul qu'elle est due à un ci-devant seigneur, il n'en doive être de même du champart; mais par identité de raison, il ne peut être douteux que, dans les pays allodiaux, le champart dû à un ci-devant seigneur, ne doive être présumé non seigneurial, si, dans les mêmes pays, on regarde, jusqu'à preuve contraire, comme non seigneuriale, la rente foncière due à un ci-devant seigneur.

» Or, entre ces deux partis, la cour s'est déjà prononcée, et déjà elle a décidé que le décret du 6 messidor an 2 n'est applicable qu'aux pays non allodiaux, comme en effet c'est pour un pays non allodial qu'il a été rendu. Pour vous rendre la chose plus sensible, permettez, Messieurs, que nous vous rappelions mot à mot les conclusions que nous avons données sur l'affaire dans laquelle est intervenue cette décision véritablement intéressante.... (1).

» Vous voyez, Messieurs, que cet arrêt (du 3 pluviôse an 10), combiné avec le décret du 6 messidor an 2, justifie parfaitement la distinction que nous avons faite, à l'égard de la rente foncière due à un ci-devant seigneur, entre les pays allodiaux et les pays non allodiaux. D'après cela, notre premier soin, dans la cause actuelle, doit être d'examiner si la coutume d'Auvergne était ou non allodiale.

» Qu'elle fût allodiale en ce sens qu'il existait des francs-alleus dans son territoire, et qu'elle-même en reconnaissait l'existence, c'est ce qu'il est impossible de nier à la vue des textes de cette loi municipale où il est fait mention de ces sortes de biens, notamment de l'art. 19 du chap. 16, de l'art. 19 du chap. 17, de l'art. 2 et de l'art. 67 du chap. 31.

» Mais était-elle allodiale en ce sens que le franc-alleu s'y présumât de plein droit, que toutes les terres y fussent dans le doute censées franches, et qu'on y tînt pour maxime, *nul seigneur sans titre?* Voilà le point de la difficulté.

» La coutume de Paris faisait aussi mention des francs-alleus; et comme celle d'Auvergne, elle ne s'expliquait pas sur la classe dans laquelle devait être rangé un bien qu'aucun titre ne qualifiait ni d'alleu, ni de censive, ni de fief. Cependant on n'a jamais prétendu que la coutume de Paris fût allodiale dans le second des deux sens que nous venons d'énon-

(1) *V.* l'article *Rente foncière*, §. 10.

Digitized by Google

cer. Pourquoi n'en serait-il pas de même de la coutume d'Auvergne? Ainsi raisonne Dubost, dans sa *Jurisprudence du conseil sur les droits de franc-fief*, tome 2, page 395. Mais défions-nous de cet auteur fiscal; outre qu'il est seul, absolument seul de son avis, on sent assez qu'il a trop légèrement effleuré la matière pour en être cru sur parole.

» La coutume de Bourbonnais ne s'explique pas plus clairement sur l'allodialité que celle d'Auvergne : elle se contente de dire, art. 392, qu'il y a trois sortes d'héritages, les fiefs, les francs-alleus et les rotures; et sous ce prétexte, Dubost n'hésite pas à dire, page 493, que *la coutume de Bourbonnais n'est certainement pas allodiale*. Mais son assertion est démentie par tous les auteurs qui ont écrit sur cette coutume; et quoiqu'elle ait été confirmée par un arrêt du 24 septembre 1616, rapporté par Brillon, au mot *Franc-alleu*, elle a été condamnée par un trop grand nombre d'autres rendus auparavant et depuis, pour qu'il soit possible de conserver encore le moindre doute sur l'allodialité naturelle du ci-devant Bourbonnais. Le plus ancien de ces arrêts est du 7 mai 1608 : M. Henrion le cite dans ses *Dissertations féodales*, au mot *Alleu*, §. 23, comme lui étant *parfaitement connu, pour en avoir eu sous les yeux une expédition authentique*. Il y en a un autre du 6 septembre 1713, qu'on trouve dans le commentaire d'Auroux sur la coutume de Bourbonnais, art. 22, aux *additions*; un troisième, du 15 juillet 1749, et un quatrième, du 7 mars 1786, tous d'autant plus remarquables, qu'ils ont été rendus contre l'administration des domaines : M. Henrion, qui les rapporte fort au long, assure qu'ils ont été précédés de la discussion la plus solennelle.

» D'où vient donc, sur l'allodialité, une différence aussi frappante entre la coutume de Bourbonnais et celle de Paris, tandis que l'une et l'autre se contentent de reconnaître l'existence des francs-alleus dans leurs territoires respectifs? Elle vient uniquement de la possession, qui, dans la première, a toujours été en faveur des propriétaires contre les seigneurs, et qui, dans la seconde, a toujours été en faveur des seigneurs contre les propriétaires.

La coutume du ci-devant duché de Bourgogne ne parle des francs-alleus que comme celle d'Auvergne, comme celle de Bourbonnais : comme celle de Paris, elle en suppose l'existence, sans décider si, dans le doute, les biens doivent être présumés tels. Mais, comme en Bourbonnais, on a toujours tenu dans la ci-devant Bourgogne, que l'allodialité y est de droit; et cette jurisprudence a été sanctionnée par un arrêt de réglement du conseil du 4 juillet 1693, fondé tant sur la possession du pays, que sur les lois romaines qui, à défaut du texte de la coutume, formaient son Code supplémentaire.

» Or, cette double raison s'applique également à la ci-devant province d'Auvergne. D'une part, en effet, dit Chabrol sur l'art. 19 du chap. 17 de sa coutume, *le droit écrit y est qualifié de droit commun, pour la partie même qui se régit par le droit coutumier; et on y a recours, lorsque la coutume qui n'en est regardée que comme l'exception, ne s'est pas expliquée*. D'un autre côté, la possession du pays, en cette matière, est justifiée par les témoignages les plus formels, par la jurisprudence la plus constante, et même par les actes de l'ancien gouvernement.

» Masuer, qui écrivait sur les usages de l'Auvergne avant la rédaction de la coutume de cette province, dit en sa *Practica forensis*, tit. 26, n° 33, que le seigneur était obligé, s'il en était requis, de faire la *vue et montrée* des héritages sur lesquels il prétendait un cens : DOMINUS DIRECTUS TENETUR REM PRO QUA PRÆTENDIT CENSUM SIBI DEBERI, DE EA FACERE VENTAM, SI PETATUR. *Cet auteur ne suppose donc pas* (comme l'observe Chabrol à l'endroit déjà cité) *un seigneur sans titres; dès-lors, la condition présumée des héritages est d'être allodiaux; les deux maximes*, NULLE TERRE SANS SEIGNEUR *et* NUL SEIGNEUR SANS TITRE, *sont contradictoires. S'il est certain que, dans la coutume d'Auvergne, il faut un titre particulier pour établir la directe, on ne peut donc pas y reconnaître la maxime*, NULLE TERRE SANS SEIGNEUR.

» Et remarquons encore avec le même auteur, que Masuer *était un des officiers du duc d'Auvergne, qui aurait eu le principal intérêt à faire reconnaître une seigneurie féodale universelle dans la province*. Ce suffrage de Masuer est donc du plus grand poids en cette matière. Et vainement les demandeurs cherchent-ils à le ranger dans leur parti, sur le fondement que, sous le titre *de judicibus*, n° 43, il dit : OMNIA QUÆ SUNT IN TERRITORIO SEU DISTRICTU ALICUJUS DOMINI, CENSENTUR ESSE DE SUO FEUDO ET DOMINIO, ET ETIAM DE SUA JURISDICTIONE. *Car*, répond Chabrol, *cela ne détruit point son attestation sur le franc-alleu, dont il parle en différens endroits de ses ouvrages comme d'un droit certain*... Il en résulte bien que *la présomption générale attribue au seigneur* d'un territoire circonscrit, *la seigneurie directe ou féodale*, par

Digitized by Google

préférence à un autre qui la réclame ; *mais cette présomption ne lui donne le droit ni d'évincer un propriétaire, ni de lui faire supporter une redevance sans titre : d'ailleurs il faut concilier ensemble les différens passages de cet auteur.*

» Depuis la rédaction de la coutume, c'est-à-dire, depuis l'année 1510, tous ceux qui ont écrit sur ses dispositions, se sont unanimement accordés à en reconnaître l'allodialité de droit.

» Aymon, le plus ancien de ses commentateurs, dit expressément : *omnia bona præsumuntur libera et allodialia, nisi probentur feudalia.*

» Basmaison dit également que *tout héritage, de sa première nature, est franc et allodial... La coutume* (ajoute-t-il) *maintient en cette liberté naturelle les héritages situés dans son district, pour charger de la preuve du contraire ceux qui prétendent des fiefs, des cens et autre servitude, s'ils n'en font pas apparoir..... Sous le bénéfice de la coutume* (ajoute-t-il encore), *celui qui tient un héritage enclos ou environné d'autres héritages asservis à certaines redevances, peut alléguer franchise et liberté des servitudes et charges foncières auxquelles les autres héritages sont assujétis, de sorte qu'on ne peut pas tirer à conséquence et juger de la condition d'un fonds limitrophe par celle des autres héritages qui le confinent ; d'autant que, par la division et la distinction des possessions, chacun est laissé en la liberté de charger son fonds et de le tenir franc.*

» André Dapchon pense absolument de même : *Quant au seigneur qui prétend cens, directe, fiefs ou autres charges, il faut qu'il montre titre et droit constitué; autrement, le bien ou héritage demeurera franc, quitte et allodial ; et il ne suffit pas de dire, pour le seigneur, que l'héritage est situé dans sa seigneurie et justice ; car cela ne sert d'aucune preuve, s'il ne conste autrement du droit : ce qui est contre l'abus que plusieurs seigneurs ou leurs prédécesseurs ont fait ci-devant, de vouloir contraindre les défendeurs à montrer leur franchise et liberté, ce qu'ils ne sont tenus de faire.*

» Enfin, Chabrol, tout seigneur qu'il était de plusieurs terres considérables situées en Auvergne, n'a pas élevé le plus léger doute sur l'allodialité de sa province : il a fait plus, il l'a complettement démontrée, il l'a mise dans le plus grand jour.

» Et ce ne sont pas seulement les auteurs de cette contrée qui en ont soutenu et proclamé l'allodialité de droit. Elle a aussi pour défenseur et pour témoins Lathaumassière, *Traité du franc-alleu*, chap. 4 ; Brodeau sur Louet, lettre C, §. 21, n° 22; le premier président Salvaing, de *l'usage des fiefs*, page 227 ; Tronçon, sur l'art. 18 de la coutume de Paris, au mot *Franc-alleu ;* Ferrière, sur le même article, n° 23 ; et M. Henrion, dans ses *Dissertations féodales*, au mot *Alleu*, §. 24; voici les termes de ce dernier jurisconsulte : *La coutume d'Auvergne est, comme celle de Bourbonnais, dans le nombre des coutumes allodiales, et par les mêmes motifs ; c'est-à-dire, l'usage, la jurisprudence, le suffrage des auteurs, et différens articles de la coutume, qui, sans être nécessairement exclusifs de la règle* NULLE TERRE SANS SEIGNEUR, *peuvent cependant être regardés comme supposant la règle contraire,* NUL SEIGNEUR SANS TITRE.

» Quant à la jurisprudence des anciens tribunaux, elle nous est attestée par Chabrol, en ces termes : *L'édit du mois d'août 1692 admet pour preuve du franc-alleu, la jurisprudence des cours et tribunaux ; or, rien n'est plus notoire que cette jurisprudence par rapport à l'Auvergne ; on y juge constamment suivant la maxime,* NUL SEIGNEUR SANS TITRE. *La possession de la province et ses usages sont certains ; ils n'ont pas de commencement connu.*

» *Peut-être serait-il à désirer* (dit à ce sujet M. Henrion) *que Chabrol fût entré dans quelques détails sur ces jugemens ; mais l'assertion d'un jurisconsulte aussi versé dans les lois et les usages de sa province, ne permet pas de révoquer en doute leur existence.*

» Il y a plus : Chabrol lui-même rapporte le texte d'un arrêt du conseil du 8 mars 1740, qui décide formellement que le franc-alleu est de droit en cette contrée.

» Il serait trop long de vous le lire en entier, mais nous croyons devoir vous retracer mot pour mot le compte qu'en rend Dubost, dans *sa Jurisprudence du conseil, sur les droits de franc-fief*, tome 2, page 496 : *Vallon et Dumas avaient acquis, par contrat du 20 mai 1733, quarante-deux œuvrées de vigne, situées près la ville de Riom, moyennant 215 livres de rente viagère. Par l'ordonnance de M. l'intendant, du 16 juin 1736, ils avaient été condamnés à payer le droit de franc-fief pour 35 œuvrées, les 7 autres étant dans la censive de l'abbaye de Montpeyroux. Appel. Ils ont soutenu qu'ils n'étaient point sujets au droit de franc-fief, attendu que les 35 œuvrées étaient en franc-alleu roturier. Le fermier a dit qu'ils étaient sujets au droit seigneurial de bandie, consistant en 6 deniers*

Digitized by Google

par chaque œuvrée; que d'ailleurs, la vente avait été faite à la charge des cens auxquels la vigne pouvait être sujette, si cens y a; *ce qui prouvait que le vendeur était dans le doute que cette vigne fût sujette à aucun cens : d'où il a conclu qu'elle était noble. L'inspecteur général du domaine disait que le droit de bandie n'était qu'un droit de justice, et non un droit féodal; et que les biens étant situés* DANS LA COUTUME D'AUVERGNE QUI ADMET LE FRANC-ALLEU, *ils ne devaient point être sujets au droit de franc-fief. Sur ce, décision du* 8 *mars* 1740, *qui porte :* SANS S'ARRÊTER A L'ORDONNANCE DE M. L'INTENDANT, FRANÇOIS VALLON ET PIERRE DUMAS DÉCHARGÉS DES DROITS DE FRANC-FIEF DES 35 OEUVRÉES DE VIGNE.

» Ce n'est pas tout. Dubost rapporte encore un autre arrêt du conseil qui, l'année précédente, avait également *jugé*, ce sont ses termes, *pour l'allodialité* de la coutume d'Auvergne : *Claude Henri* (dit-il) *avait retiré lignagèrement, sur Gabriel Chardon, plusieurs héritages vendus par contrat du* 30 *mars* 1725, *et déclarés être en franc-alleu. Il avait été rendu, le* 26 *septembre* 1738, *une première décision qui avait ordonné que, dans un mois, Henri prouverait que les biens en question étaient en franc-alleu roturier, sinon que l'ordonnance de M. l'intendant serait exécutée. Henri a représenté que la coutume d'Auvergne étant allodiale, il ne pouvait prouver par titres la franchise de ses héritages. Il a seulement représenté un certificat des officiers de la baronnie d'Ollergues, du* 4 *décembre* 1738, *par lequel ils attestent que les héritages en question sont partie dans la censive d'Ollergues, et l'autre partie en franc-alleu roturier. Le fermier a répondu que ce certificat était insuffisant, et qu'il fallait justifier l'allodialité de ces héritages par un titre particulier, ou prouver que le franc-alleu roturier avait été établi en Auvergne par un réglement du conseil, semblable à celui rendu pour le Languedoc. Par décision du conseil du* 10 *juin* 1739, *Henri a été déchargé du droit de franc-fief.*

» Il est vrai, s'il en faut croire le même auteur, qu'il était intervenu précédemment (le 16 janvier 1737) un autre arrêt qui, en condamnant Guillaume Combe à payer un droit de franc-fief, avait décidé que la coutume d'Auvergne *n'était point allodiale.* Mais 1° Dubost ne rappelle que très-vaguement l'espèce de cet arrêt. 2° Il convient lui-même que les conclusions de l'inspecteur général du domaine étaient en faveur de Guillaume Combe. 3° On sent assez qu'en matière fiscale, un arrêt du conseil qui décharge, prouve infiniment plus en faveur de l'allodialité, que ne prouveraient contre elle deux arrêts qui condamneraient; or, ici c'est tout le contraire : nous avons deux arrêts de décharge contre un arrêt de condamnation; et puis, l'arrêt de condamnation étant antérieur aux deux arrêts de décharge, ce sont précisément ceux-ci qui forment le dernier état de la jurisprudence.

» Enfin, les actes de l'ancien gouvernement mettent le sceau à l'allodialité de la ci-devant province d'Auvergne. Un édit du mois de décembre 1641 avait obligé tous les possesseurs de francs-alleus situés dans les pays où l'allodialité n'était point de droit, à obtenir du roi des lettres de confirmation, et à lui payer une finance. Eh bien! Cet édit *n'a eu aucune exécution* en Auvergne : c'est Chabrol qui nous l'atteste, tome 2, page 892 : *En* 1673 *et* 1674, continue le même auteur, *le commissaire départi à Riom, autorisa une recherche des biens allodiaux; il ordonna que les possesseurs en donneraient une déclaration. Mais la province ayant eu recours au roi, et lui ayant exposé ses droits et sa possession, ce magistrat reçut des ordres de ne pas aller plus avant. Les fermiers du roi demandèrent des droits d'échange en* 1673; *les possesseurs qui alléguaient que les héritages étaient allodiaux, furent déchargés du droit, sans qu'on exigeât d'eux aucun titre; et il en fut de même en* 1740. *Après l'édit du mois d'août* 1692 (qui avait renouvelé les dispositions de celui de 1641), *le droit de la province essuya encore une contradiction; mais elle représenta avec succès sa possession et ce qui s'était passé en* 1673; *et les poursuites cessèrent.*

» A cette masse de preuves de l'allodialité naturelle de la coutume d'Auvergne, les demandeurs opposent le fait qu'en Auvergne, comme dans les pays non allodiaux, les seigneurs jouissaient du droit de déshérence, de celui de confiscation, de celui de s'approprier les biens vacans, et de celui de triage sur les biens communaux. Mais quelle analogie y a-t-il entre l'exercice de ces quatre espèces de droits, et la question de l'allodialité? Le droit de déshérence, le droit de confiscation, le droit aux biens vacans, le droit de triage ne tenaient ni à la mouvance féodale, ni à la directe censuelle; ils dépendaient uniquement de la justice; aussi n'y avait-il pas un seul des pays allodiaux où ils ne fussent en pleine vigueur. Chabrol, tome 1er, page 48, prouve nommément par une foule d'arrêts, que le droit de triage s'exerçait dans

Digitized by Google

la ci-devant Bourgogne qui bien constamment était allodiale; et il en conclud que *l'allodialité n'est pas un obstacle au triage; en effet* (ajoute-t-il), *dans les provinces allodiales, comme dans les autres, les vacans appartiennent également au seigneur haut-justicier; on peut dire que c'est par une suite ou une connexité évidente, qu'ils ont le triage sur les communaux.* Ainsi, l'objection des demandeurs ne tend à rien moins qu'à établir qu'avant la révolution, il n'y avait point en France de pays réellement allodial; prétention qui assurément tombe d'elle-même.

» Disons donc que l'allodialité était de droit en Auvergne, qu'elle y a toujours été reconnue, qu'elle n'y a jamais souffert d'attaque dont elle n'ait triomphé, qu'elle a constamment formé l'un des points fondamentaux du droit municipal de cette province; et de là tirons la conséquence que, si la cause actuelle n'offre pas de titres particuliers qui, plaçant le seigneur de Blanzat dans un cas d'exception, justifient que les héritages grevés à son profit d'un droit de champart, relevaient de lui en fiefs ou en censives, ces héritages seront présumés avoir formé, dans sa main, de véritables alleus, avant qu'il en fît la concession moyennant ce droit.

» Mais cette conséquence ne va-t-elle pas se tourner contre les sieur et dame Delasalle, ne va-t-elle pas provoquer la cassation des arrêts qu'ils ont obtenus? La question paraît étrange au premier abord, et cependant elle naît tout naturellement de la manière dont les demandeurs se défendaient devant la cour d'appel de Riom.

» Devant la cour d'appel de Riom, les demandeurs disaient : *point de seigneur sans titre;* et sans doute ils ajoutaient, ou du moins ils pouvaient ajouter : *donc vous, seigneur, possédiez comme allodiaux, avant la concession que vous nous avez faite, les héritages sur lesquels vous réclamez le droit qui en a été le prix; donc, en nous les concédant moyennant ce droit, vous en avez retenu la seigneurie directe; donc ce droit était seigneurial dans votre main; donc il est aujourd'hui supprimé.*

» Et nous devons dire que l'art. 2 du chap. 31 de la coutume semble justifier ce raisonnement; car il porte en toutes lettres que celui *qui acquiert cens ou rente sur héritage quitte et allodial, il acquiert la directe seigneurie, posé que de la directe ne soit fait aucune mention.* Ces mots *cens ou rente*, sont très remarquables : il en résulte très-clairement que, pour acquérir, ou plutôt pour se réserver la *directe seigneurie* d'un héritage allodial, il n'est pas nécessaire, en le concédant, d'y retenir un *cens*, et qu'il suffit d'y retenir une *rente* quelconque, rente qui est essentiellement foncière, et sous la dénomination de laquelle est certainement compris le droit de *persière* ou champart.

» Mais qu'est-ce qu'entend la coutume, dans cet article, par les mots *directe seigneurie?* Entend-elle la *directe seigneurie* qui suppose une mouvance féodale? Ou bien n'entend-elle que le *dominium directum*, qui, aux termes du droit romain, est toujours retenu par le bailleur à emphytéose, et en reconnaissance duquel le concessionnaire de l'alleu qui fait la matière de ce contrat, lui paie une redevance annuelle emportant à chaque mutation un droit de lods, *laudimium?*

» Si c'est dans ce second sens que doivent être entendus les termes dont il est question, bien évidemment l'article dont ils font partie, ne peut pas être opposé aux arrêts attaqués par les demandeurs; car la directe purement emphytéotique n'a pas été comprise dans l'abolition du régime féodal; et les rentes récognitives de cette directe subsistent encore aujourd'hui dans toute leur étendue. C'est ce qui a été jugé par l'arrêt de la cour, du 26 pluviôse an 11, que nous avons déjà cité. Jean-François Marquès et consorts, pour établir que la rente colongère dont le sieur Schawenbourg leur demandait le paiement, était seigneuriale dans le sens des lois de 1792 et 1793, se prévalaient de ce que, par le jugement même qu'ils attaquaient, il était dit que le sieur Schawenbourg avait sur leurs fonds un droit de *directe*. Mais nous avons observé que ce mot *directe* ne désignait que le *dominium directum* de l'emphytéose romaine; qu'elle n'avait rien de commun avec la directe seigneuriale proprement dite, et que, si celle-ci avait été supprimée avec la féodalité qui en était la source, l'autre subsistait encore et subsisterait tant que la loi civile n'ôterait pas au propriétaire d'un alleu la faculté d'en aliéner le domaine utile, et de s'en réserver le domaine direct (1). En conséquence, par l'arrêt dont il s'agit, la cour a rejeté la demande en cassation de Marquès et consorts.

» Or, que, dans l'art. 2 du chap. 31 de la coutume d'Auvergne, les mots *directe seigneurie* ne puissent s'entendre que de la di-

(1) *V.* la note qui se trouve à la fin des conclusions du 26 pluviôse an 11, rapportées à l'article *Rente foncière*, *Rente seigneuriale*, §. 11.

Digitized by Google

recte emphytéotique, c'est ce qui résulte nécessairement du principe si bien démontré par M. Henrion, au mot *Alleu*, §. 6, et consacré par les lois les plus formelles, notamment par l'édit du mois d'août 1692, et par la déclaration du 2 janvier 1769 (1), que le propriétaire d'un franc-alleu n'a jamais pu le concéder ni en fief ni en censive; et que, quelque clause qu'il ait employée à cet effet, la redevance qu'il a retenue, ne peut jamais former dans sa main qu'une rente emphytéotique. C'est aussi ce que reconnaît Chabrol sur la coutume d'Auvergne, tome 2, page 889: *Il y a* (dit-il) *en Auvergne, un grand nombre de cens épars, qui ne relèvent d'aucun seigneur; la raison en est que les propriétaires des héritages allodiaux ont la liberté de les concéder à cens, et la coutume porte, en l'art. 2 du tit. 31, que la première rente imposée sur un fonds auparavant allodial, emporte la directe seigneurie. Il est évident que le cens imposé sur de pareils héritages, ne peut pas être d'une qualité différente que ces héritages même. Le propriétaire d'un héritage allodial, qui y impose un cens en directe seigneurie, ne peut pas se créer un fief de sa propre autorité; il ne saurait se procurer, par ce moyen, le droit de chasse dans un domaine qu'il possède en franc-alleu, et préjudicier au seigneur haut-justicier. Il faut donc dire que le cens imposé sur un héritage allodial, n'est qu'un franc-alleu roturier comme l'héritage même. Le franc-alleu d'Auvergne* (continue Chabrol) *n'est point d'une nature différente de celui du Dauphiné: or, M. de Salvaing, chap. 54, assure que c'est une erreur de croire qu'en Dauphiné, il n'y a point de cens et rente qui ne relèvent en fief d'un seigneur. Il établit son sentiment sur un arrêt du 16 décembre* 1649.

» Nous devons ajouter que cet arrêt a été rendu en forme de réglement, et que, pour nous servir des termes de Salvaing lui-même, *il a eu pour fondement deux raisons: l'une, qu'en Dauphiné* (comme en Auvergne), *le fief n'est jamais présumé.....; la seconde, que les fonds et héritages étant réputés allodiaux de leur nature, s'il arrive qu'ils soient albergés et baillés en emphytéose, il n'est point de doute que le cens ou rente emphytéotique ne retienne la franchise du fonds qui la doit.*

» Il en serait autrement sans doute, si le franc-alleu concédé moyennant un cens, était *noble* dans la main du bailleur, c'est-à-dire, si le bailleur le possédait avec un droit de justice qui y fût inhérent: car, alors, par l'effet de cette concession, il serait converti en censive proprement dite; et le cens formerait pour le bailleur, une redevance véritablement seigneuriale. Mais tels n'ont pas pu être dans la personne du seigneur de Blanzat, les héritages qu'il a concédés aux demandeurs sous la charge d'un droit de persière. A la vérité, le seigneur de Blanzat était haut-justicier; mais sa haute-justice n'était ni ne pouvait être inhérente au domaine foncier qu'il possédait en franc-alleu; elle en était nécessairement séparée: pourquoi? Chabrol va nous l'apprendre: *La distinction du franc-alleu noble et du franc-alleu roturier* (dit-il, tome 2, page 889), *ne convient point à la coutume d'Auvergne; on n'y connaît point de franc-alleu qui ait une justice, une censive ou un fief dépendant de lui; ainsi, on ne doit admettre dans cette province que le franc-alleu roturier: les coutumes qui en distinguent de deux sortes, exigent, pour constituer le franc-alleu noble, qu'il y ait une mouvance: or, il n'en existe aucune de cette qualité en Auvergne; donc il n'y en a point de noble.*

» Et il n'importe que, par le contrat de vente du 21 février 1788, il soit dit que la terre de Blanzat *est en franc-alleu*. De deux choses l'une: ou cette énonciation ne se réfère qu'au domaine foncier, et dans ce cas elle n'est que l'expression du droit commun du pays; ou elle se réfère également à la haute-justice et à la seigneurie, et dans cette hypothèse, elle ne prouve rien: car l'allodialité d'une seigneurie, d'une justice, n'a jamais pu s'établir, même dans les pays allodiaux, que par un titre formel de concession du monarque. Cela est écrit en toutes lettres, dans le célèbre arrêt du conseil, du 22 mai 1677, confirmatif de l'allodialité du Languedoc; et c'est ce qui résulte encore de trois arrêts, l'un du 4 juillet 1693, les deux autres du 6 février 1694, qui ont maintenu l'allodialité des coutumes de Bourgogne, de Chaumont et de Troyes.

» Elle ne doit donc pas, comme elle le paraissait à la première vue, elle ne doit donc pas se tourner contre les sieur et dame Delasalle, cette vérité maintenant si évidente, que le seigneur de Blanzat est présumé avoir possédé en franc-alleu roturier les héritages qu'il a anciennement concédés aux demandeurs moyennant des droits de persière; et il en résulte, au contraire, la conséquence invincible, que ces droits de persière n'ont jamais été dans sa main le prix d'une inféodation ni d'un acensement, qu'ils n'ont jamais

(1) *V.* l'article *Rente foncière, Rente seigneuriale*, §. 14.

Digitized by Google

eu dans sa main le caractère de droits féodaux ni censuels.

» Mais cette conséquence n'est-elle pas en opposition diamétrale avec l'art. 1er du chap. 31 de la coutume d'Auvergne, c'est-à-dire, avec l'article sur lequel les demandeurs paraissent insister aujourd'hui avec tant de confiance, et qui déclare que *tout cens ou rente dû et assis sur fonds et héritages certains, emporte directe seigneurie., s'il n'appert du contraire?* Telle est la question que nous avons annoncée en première ligne; le moment de la résoudre est arrivé, et vous pressentez déjà, Messieurs, qu'au point où nous en sommes, la solution ne sera pas difficile.

» Remarquons d'abord que la coutume parle des rentes en général comme des cens, et que de sa disposition il résulte que tout particulier à qui il est dû une rente sur un héritage déterminé, est, par cela seul et jusqu'à la preuve du contraire, réputé avoir la *seigneurie directe* de cet héritage. C'est déjà, sans doute, une bien forte raison de croire que ces mots, *seigneurie directe,* n'ont pas, dans l'article cité, le sens que leur attribuent les demandeurs : car, s'il en était ainsi, il y aurait en Auvergne autant de seigneurs proprement dits, que de créanciers de rentes foncières; idée absurde et conséquemment fausse.

» Remarquons ensuite que cet article, tel qu'il est rédigé, et tel que l'ont entendu les rédacteurs, s'applique aussi bien aux rentes constituées en argent, qu'aux rentes créées par bail d'héritages. *Il est hors de doute* (dit Chabrol, tome 3, page 644) *qu'aujourd'hui le cens ou la rente foncière ne peut s'acquérir que par le bail à cens; mais l'on ne peut désavouer qu'avant la rédaction de la coutume, et même jusqu'à l'ordonnance du 29 novembre* 1561 (c'est-à-dire, pendant cinquante et un ans après la rédaction de la coutume), *il n'ait été d'usage d'acquérir à prix d'argent des cens en directe et des rentes foncières, sans bail de fonds, et sur des héritages qui appartenaient déjà au détenteur : c'était la forme de contracter, et elle n'était pas improuvée; j'en ai vu une foule d'exemples, et j'en citerai quelques-uns.* Effectivement, Chabrol cite des contrats de constitution de cens en directe à prix d'argent, de 1202, 1235, 1242, 1246, 1254, 1256, 1258, 1261, 1270, 1283, 1308, 1324, 1343, 1344, 1347, 1350, 1354, 1377, 1395, 1397, 1452, 1466, 1474 et 1528. Assurément on ne persuadera à personne que l'intention de la coutume ait été d'assimiler à un seigneur véritable, d'ériger en propriétaire de fief, celui qui, moyennant une somme d'argent délivrée au possesseur d'un fonds, avait acquis sur ce fonds une rente en argent ou en denrées; et c'est encore une preuve bien claire que, dans l'article dont il s'agit, la coutume n'a pas entendu, dans le sens que lui prêtent les demandeurs, les termes *directe seigneurie.*

» Que signifient-ils donc ces termes si décisifs aux yeux des demandeurs? Ils signifient, dans l'art. 1er, la même chose que dans l'art. 2 : ils désignent, dans l'un comme dans l'autre, la directe emphytéotique; et ce qui le prouve d'une manière sans réplique, c'est que l'art. 2 n'est, par la manière même dont il est rédigé, que la conséquence immédiate de l'art. 1er : ET PAR AINSI, porte-t-il, *qui acquiert cens ou rente sur héritage quitte et allodial, il acquiert la directe seigneurie; posé que de la directe ne soit fait aucune mention.* Aussi Chabrol observe-t-il que *cet article est l'explication du précédent.* Et dans le fait, il serait bien impossible de concilier l'allodialité de la coutume d'Auvergne avec l'interprétation que donnent les demandeurs à l'art. 1er. Point de milieu, en effet : ou il faut dire que la coutume d'Auvergne n'est pas allodiale, proposition que l'on n'oserait plus soutenir sérieusement; ou, en la reconnaissant pour allodiale, il faut nécessairement en conclure que, dans cette coutume, le bail à cens seigneurial ne se présume pas; il faut nécessairement en conclure qu'une rente foncière n'est pas présumée être le prix d'un bail à cens seigneurial; il faut nécessairement en conclure que toute rente foncière est présumée être le prix, ou d'une somme d'argent, ou de la concession d'un héritage allodial en emphytéose.

» Il nous reste maintenant à examiner si cette présomption n'est pas, dans la cause actuelle, détruite par les actes qui ont été produits devant la cour d'appel de Riom.

» Elle ne l'est certainement point par les reconnaissances notariées du 10 mai 1772, puisqu'au contraire, par le soin que prennent ces reconnaissances de distinguer la *justice* d'avec la *directe* de Blanzat, de placer dans l'une les héritages sujets à la persière, et de leur donner pour confins des héritages situés dans l'autre, elles font clairement entendre que les héritages sujets à la persière, relèvent bien du seigneur de Blanzat, considéré comme haut-justicier, mais qu'ils ne sont pas tenus de lui en censives, encore moins en fiefs.

» Elle ne l'est pas davantage par le contrat de vente du 21 février 1788; car bien qu'il y soit énoncé que les deux droits de persière

Digitized by Google

dont il est ici question, font partie de la *terre et baronnie de Blanzat*, cela ne peut évidemment signifier qu'une chose, savoir, que ces droits sont possédés par le seigneur de Blanzat, conjointement avec sa seigneurie proprement dite; et la preuve qu'on ne peut l'entendre autrement, c'est que, par le même contrat, on range aussi au nombre des dépendances de la terre et baronnie de Blanzat, un pré que l'on déclare cependant être tenu en censive d'un seigneur voisin; c'est que d'ailleurs, par l'une des reconnaissances du 10 mai 1772, il est dit que le seigneur de Blanzat avait anciennement d'autres droits de persière sur deux *tenemens mouvans de la censive de la reine*, droits qui certainement, d'après la règle *cens sur cens ne vaut*, ne pouvaient pas être seigneuriaux dans sa main, et que cependant il regardait alors comme des annexes de sa seigneurie.

» Nous aurions les mêmes observations à faire sur les énonciations contenues dans l'exploit du 29 mai 1728, que les demandeurs ont produit tout récemment, si cet exploit eût été mis sous les yeux de la cour d'appel de Riom. Mais les demandeurs le produisant pour la première fois devant vous, nous sommes, par cela seul, dispensés de vous en entretenir.

» C'est aussi pour la première fois que les demandeurs cherchent devant vous à se prévaloir de ce que, dans l'une des reconnaissances du 10 mai 1772, il est dit que le tenement sur lequel se perçoit la persière en grains, est *en partie de charmes*, expressions qui, dans la ci-devant Auvergne comme dans le ci-devant Bourbonnais, équipollent à celles de *partie en friche*. Les demandeurs tirent de là deux conséquences : la première, que le seigneur de Blanzat n'avait originairement possédé ces *charmes*, que par l'effet du droit qu'il avait, comme haut-justicier, de s'emparer des biens vacans; la seconde, qu'il n'a pu les concéder à la charge d'une persière, que par un bail à cens proprement dit.

» Il y aurait bien des choses à dire sur la première de ces conséquences; mais quand nous l'admettrions, la seconde n'en serait pas plus exacte. Sans doute, les biens qui advenaient à un seigneur haut-justicier par l'exercice de l'un des droits inhérens à sa qualité, ne pouvaient exister dans sa main que comme fiefs. Mais ces fiefs, il pouvait les concéder par bail à rente pur et simple, sans réserve de la seigneurie directe; et assurément alors, la rente qu'on lui payait pour prix de sa concession, n'avait rien de seigneurial. Il est vrai que, si les choses s'étaient ainsi passées à l'égard du tenement dont il s'agit, la commune de Blanzat pourrait, d'après la loi du 10 juin 1793, évincer les sieur et dame Delasalle de leurs droits de persière; mais les demandeurs n'y gagneraient rien; ce qu'ils sont condamnés à payer aux sieur et dame Delasalle, il faudrait qu'ils le payassent à la commune; ils changeraient de créanciers, et voilà tout.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la demande en cassation et de condamner les demandeurs à l'amende ».

Arrêt du 24 vendémiaire an 13, sur délibéré, au rapport de M. Ruperou, par lequel,

« Attendu qu'il est constant en fait, d'abord, que la nature, la consistance, les tenans et aboutissans des biens ont été déclarés; ensuite, que les juges d'appel se sont préalablement occupés de la prétendue nullité des exploits introductifs;

» Attendu que ces mêmes juges n'ont violé aucune loi, en décidant qu'une seule reconnaissance suffisait pour établir une rente, puisqu'avant le Code civil, auquel le jugement attaqué est antérieur, il n'existait point de loi qui eût décidé le contraire;

» Attendu que les demandeurs en cassation ayant été condamnés sur la principale question du procès, et n'ayant pas même appelé du chef relatif à la solidarité, qui n'a été réformé que d'office, c'est justement qu'ils ont été condamnés aux dépens;

» Que d'ailleurs le chef particulier concernant l'amende, pourrait seulement donner lieu à une action contre le fisc, et ne pourrait pas autoriser la cassation du jugement au fond;

» Attendu, sur le moyen pris du fond de l'affaire, que la coutume d'Auvergne était *purement allodiale*, ainsi que cela résulte de la combinaison de plusieurs de ses articles et de la jurisprudence constante du pays;

» Que par conséquent toutes les redevances dues sur les biens situés dans le ressort de cette coutume, qui était soumise à la maxime *nul seigneur sans titre*, étaient de leur nature réputées *purement foncières*, à moins que le contraire ne fût positivement stipulé par acte valable;

» Qu'il est d'autant moins permis de supposer qu'en Auvergne, les redevances connues sous le nom de *persières*, étaient exceptées de cette conséquence générale résultant de l'allodialité, et réputées de leur nature seigneuriales ou censuelles, que, de l'aveu des demandeurs, il n'en est pas dit un mot dans les divers titres de la coutume qui concernent

Digitized by Google

les droits féodaux et seigneuriaux, et qui en font une longue énumération, et qu'en outre, la cour d'appel met en fait, ce qui n'est pas contesté non plus, qu'il est de principe reconnu qu'à la différence du cens dont la coutume ne permettait de demander que les trois dernières années d'arrérages, on pouvait, au contraire, demander vingt-neuf années d'arrérages ou fruits de la *persière ;*

» Que l'art. 5 de la loi du 25 août 1792 n'oblige que les propriétaires des droits *féodaux* ou *censuels* à représenter le titre primitif; et que l'art. 17 dispose que les rentes et champarts purement fonciers ne sont point compris dans la disposition de cet art. 5; que, si ce même art. 17 ajoute, *et autres redevances qui ne tiennent point à la féodalité, et qui sont dues par des particuliers non seigneurs ni possesseurs de fiefs*, on ne saurait induire de ces dernières expressions, non seulement que le législateur ait dit, mais encore qu'il ait entendu dire, que désormais et par dérogation aux lois antérieures, toutes les rentes purement foncières, lorsqu'elles se trouveront dues à des ci-devant *seigneurs* ou *possesseurs* de fiefs, seront présumées féodales, et obligeront les propriétaires à représenter le titre primitif;

» Attendu enfin, que, par aucune des clauses des actes produits au procès, il n'est établi que les deux persières dont il s'agit, eussent un caractère féodal ou seigneurial ;

» Par ces motifs, la cour rejette le pourvoi des demandeurs en cassation.... ».

§ II. *Les lois des 25 août 1792 et 17 juillet 1793 ont-elles aboli les agriers et champarts, les Terrages, en un mot, les droits compris sous la dénomination générique de* rentes foncières, *qui, avant l'abolition du régime féodal, formaient entre les mains des personnes à qui ils étaient dus, des fiefs purement passifs et mouvans de seigneurs étrangers au territoire dans lequel ils se percevaient?*

Dans la première partie du paragraphe précédent, il était question des champarts perçus dans l'enclave du seigneur de qui ils étaient tenus en fief; ici, c'est des champarts perçus hors de cette enclave qu'il s'agit; et la différence des uns et des autres est très-grande.

Comme on l'a vu dans le paragraphe précédent, le champart tenu en fief du seigneur dans l'enclave duquel s'en faisait la perception, était, par cela seul, présumé de droit avoir originairement appartenu à ce seigneur, et n'être sorti de ses mains que par inféodation. Ce seigneur, avant de l'inféoder, avait pu le posséder de deux manières, ou comme une redevance allodiale et purement foncière, ou comme une redevance seigneuriale. Il était présumé, dans les pays allodiaux, l'avoir possédé comme redevance allodiale, parceque les héritages qui s'en trouvaient grevés, étaient, de droit, réputés francs-alleus. Mais dans les pays non allodiaux, il était présumé l'avoir possédé comme redevance seigneuriale, parceque les héritages qui s'en trouvaient grevés, étaient, de droit, réputés sortis de sa main, soit par bail à fief, soit par bail à cens. Tel est le résumé de tout ce que nous avons établi dans le paragraphe précédent.

Maintenant, il s'agit de savoir s'il en doit être de même du champart qui se percevait hors de l'enclave du seigneur de qui il était tenu en fief.

De deux choses l'une : ou le seigneur de qui le champart était tenu en fief, exerçait la seigneurie directe sur les fonds assujétis à cette redevance, ou il n'avait sur ces fonds aucun droit de seigneurie.

Au premier cas, la question doit se résoudre par les principes exposés dans le paragraphe précédent; car le propriétaire de la directe d'héritages épars, n'était pas moins seigneur que le propriétaire de la directe d'héritages renfermés dans un espace circonscrit et limité ; et par conséquent, si ces héritages sont situés en pays non allodial, l'ancien propriétaire du champart auquel ils sont soumis, doit être présumé ne l'avoir acquis, avant l'inféodation qu'il en a faite, que par la réserve qu'il en avait stipulée en inféodant ou accensant les fonds qui le doivent.

Au second cas, il en doit être tout autrement. Le champart n'étant pas seigneurial de sa nature, on ne peut pas le réputer tel, ou, ce qui est la même chose, on ne peut pas le considérer comme représentatif d'une concession de fonds par bail à fief ou à cens, lorsque ni celui à qui il appartient actuellement, ni celui à qui il a appartenu précédemment et qui l'a inféodé, n'ont sur les héritages qui en sont grevés, aucun droit de directe ni de seigneurie quelconque.

Comment donc l'ancien propriétaire de ce champart a-t-il pu l'inféoder, s'il n'était pas seigneur direct des fonds assujétis à cette redevance ? Il a pu l'inféoder, ou par concession de sa part, ou par oblation de la part de son vassal.

Si l'inféodation s'est faite par l'oblation du vassal, bien évidemment elle ne prouve pas que les fonds sujets au champart, aient été originairement inféodés ou accensés sous la

Digitized by Google

charge de cette rede vance ; elle prouve seulement que l'auteur de l'oblation jouissait primitivement d'une prestation foncière, qu'il en jouissait librement, qu'elle formait dans sa main un franc-alleu incorporel, et qu'il a bien voulu en faire hommage à un seigneur étranger, pour s'assurer sa protection.

Si l'inféodation s'est faite par la concession du seigneur, elle ne prouve pas davantage que, dans la main de celui-ci, le champart fût le prix d'une concession en fief ou en censive des héritages qui en sont encore aujourd'hui chargés ; elle prouve seulement que, propriétaire d'une redevance foncière et allodiale, il a cru pouvoir la concéder en fief, et par ce moyen en faire un fief passif dans la personne de son concessionnaire.

Ainsi, dans l'une comme dans l'autre hypothèse, le champart n'indique aucun rapport de féodalité ni de seigneurie, soit entre les héritages qui en sont grevés et son ancien propriétaire qui l'a baillé à fief, soit entre ces mêmes héritages et son possesseur actuel qui l'a tenu en fief jusqu'en 1789. Par conséquent, dans l'une comme dans l'autre hypothèse, ce champart est maintenu, comme rente purement foncière, par l'art. 2 de la loi du 17 juillet 1793.

Au surplus, *V.* le paragraphe suivant.

§. III. *Doit-on regarder comme seigneurial et, par suite, comme aboli par la loi du 17 juillet 1793, un droit de Terrage ou champart qui, avant cette loi, était perçu par des particuliers non seigneurs des fonds assujétis à ce droit, mais dans la main desquels il formait un fief? Doit-on le regarder comme tel dans la quadruple circonstance où il est prouvé 1° qu'une partie de ce Terrage a autrefois appartenu aux seigneurs directs des fonds qui en étaient grevés ; 2° que le seigneur lui-même était soumis à ce droit envers ses co-champarteurs ; 3° qu'une partie des fonds chargés de ce droit, était tenue de lui en fief; 4° qu'une autre partie de ces mêmes fonds relevait d'autres seigneurs qui n'avaient aucune part au droit de Terrage?*

« Telle est (ai-je dit à l'audience de la cour de cassation, section civile, le 17 floréal an 12) la question à la fois importante et compliquée, que présente à votre examen le recours exercé par le préfet du département du Nord et par le cit. Thobois, contre un jugement du tribunal d'appel de Douai, du 9 fructidor an 10.

» Dans le fait, avant l'abolition du régime féodal, le cit. Thobois jouissait, concurremment avec d'autres particuliers, d'un droit de Terrage ou champart qu'il tenait, comme eux, en fief du roi, en sa qualité du comte souverain du Hainaut.

» Un aveu et dénombrement fourni au bureau des finances de Lille, et reçu par un jugement de ce tribunal, du 17 mai 1754, énonce que le cit. Thobois *tient directement de Sa Majesté, à cause de son pays et comté de Hainaut*, UN FIEF AMPLE QUI CONSISTE EN DEUX DROITS DE TERRAGE, *savoir, l'un nommé vulgairement* le terrage de Saint-Géry, *en neuf gerbes de chacun cent de blés, avoine et autres grains croissans sur les héritages qui y sont assujétis*, DONT LE SEIGNEUR DE RIEUX OU SON ARRENTATAIRE PREND POUR SA PART UNE GERBE ET DEMIE, *et la dame de Querrenaing, aujourd'hui le sieur Moulin, et le dénombrant* (Thobois), *à cause de sondit fief, les sept gerbes et demie restantes ; et l'autre terrage, nommé vulgairement le* COMMUN FIEF, *consistant en neuf gerbes du cent, tant blé que mars et autres grains, desquelles*, A CAUSE DU TERRAGE DE SA MAJESTÉ, *ledit dénombrant* (Thobois) *en prend gerbe et demie, à cause de l'arrentement de Sadite Majesté, et il partage par égales portions trois gerbes avec ledit sieur Moulin, prenant par tiers, faisant quatre gerbes et demie ; et des autres quatre gerbes et demie, restant des neuf, ledit dénombrant en prend trois gerbes* EN ACTION (c'est-à-dire, comme étant aux droits) *du seigneur comte de Clairmont, et le reste appartient au sieur de Cauchi.*

» Le dénombrement ajoute que ces deux terrages se lèvent *sur* 1478 *mencaudées* (mesure équipollente à environ deux tiers d'arpent) *de terres à labour, situées* A RIEUX, *et sur les frontières de* VILLERS-CAUCHI, AVESNES-LES-AUBERT, CAGNONCLE ET QUENHAUD, *châtellenie de Bouchain, et plusieurs cantons.*

» Trois choses sont à remarquer dans ce dénombrement : la nature des deux Terrages, la situation des biens qui en sont grevés, la qualité des co-terrageurs anciens et actuels.

» 1° Les deux terrages forment, dans la main de leurs possesseurs, un fief que le dénombrement qualifie de *fief ample*, et qui relève immédiatement du Roi, comte de Hainaut. De savoir ce que signifie cette dénomination de *fief ample*, c'est une question prématurée quant à présent; nous y reviendrons.

» 2° Les fonds grevés des deux droits de

Digitized by Google

terrage, sont, suivant le dénombrement, situés partie à Rieux, partie à Villers-Cauchi, partie à Avesnes-les-Aubert, partie à Cagnoncle, et partie à Quenhaud.

» Il importe de bien distinguer ces différentes situations.

» Rieux est une commune qui, à l'exception d'un hameau connu sous le non de Hamel-les-Rieux, et relevant du ci-devant comté de Cambresis, a toujours fait partie du Hainaut. Il en est de même de Villers-Cauchi; et cependant il y a, par rapport à la contestation actuelle, une différence assez intéressante entre ces deux communes : c'est que Rieux n'avait pas d'autre seigneur que le Roi, comte de Hainaut, au lieu que Villers-Cauchi dépendait d'un seigneur particulier.

» Quant aux communes d'Avesnes-les-Aubert et de Cagnoncle, le canton de Quenhaud excepté, elles faisaient partie du ci-devant comté de Cambresis, et elles relevaient, à ce titre, de l'archevêque de Cambrai, qui, *avant les conquêtes de Louis XIV* (1), exerçait, comme prince de l'empire d'Allemagne, tous les droits de supériorité territoriale, à l'instar de l'évêque de Liége et des autres grands vassaux de cet empire; ce qui est si vrai, que les lettres-patentes approbatives de la coutume de Cambresis, sont l'ouvrage de l'archevêque Louis de Berlaymont, et que par l'art. 2 du tit. 27 de cette coutume, la chambre impériale de Spire est désignée comme le juge d'appel des tribunaux les plus éminens du pays.

» Nous disons que les communes d'Avesnes-les-Aubert et de Cagnoncle faisaient partie du ci-devant comté de Cambresis, et nous devons ajouter que ce fait, dont vous sentirez bientôt toute l'importance, est tout aussi notoire au tribunal d'appel de Douai, que l'est au tribunal d'appel de Paris la soumission du faubourg de Saint-Germain à la coutume de Paris même. Mais ce n'est pas tout : il est encore prouvé par la table des lieux régis par la coutume de Cambrai, imprimée en 1776, à la suite de la dernière édition de cette coutume : dans cette table, en effet, figurent en toutes lettres les communes de Cagnoncle et d'Avesnes-les-Aubert.

» 3° Quant à la qualité des co-terrageurs, le dénombrement de 1754 la détermine avec précision.

» Vous y avez vu que, dans le Terrage dit *de Saint-Géry*, il appartient une gerbe et demie sur neuf, au *seigneur de Rieux*, c'est-à-dire, au Roi, comte de Hainaut, ou à *son arrentataire;* ce qui prouve très-clairement qu'avant 1754, le seigneur de Rieux avait possédé une portion de ce Terrage, et qu'en 1754, il avait aliéné cette portion par arrentement. Le dénombrement ajoute que les sept gerbes et demie restantes se partagent entre le nommé Moulin et le *dénombrant* (Thobois).

» Venant ensuite au Terrage appelé le *commun fief*, et qui consiste également en neuf gerbes du cent, Thobois déclare qu'il lui en appartient une et demie, *à cause de l'arrentement de Sa Majesté,* c'est-à-dire, que le roi lui a arrenté la portion qu'il avait à cette concurrence dans les neuf gerbes; qu'il partage par moitié dans trois autres gerbes avec le nommé Moulin; que des quatre gerbes et demie restantes, il en prend trois comme acquéreur des droits du comte de Clairmont, et que le surplus appartient au seigneur de Cauchi.

» Ainsi, dans l'un comme dans l'autre Terrage, le roi, seigneur de Rieux, a pris anciennement une gerbe et demie; et cette gerbe et demie, il l'a aliénée, dans le premier, au profit d'un *arrentataire* que le dénombrement ne désigne pas, dans le second, au profit de la famille Thobois.

» Les autres portions de ces deux Terrages appartiennent à des particuliers qui les tiennent en fief du roi, comme comte de Hainaut, et non comme seigneur de Rieux, mais qui ne paraissent avoir aucun droit de seigneurie sur les fonds grevés de l'un et de l'autre droit. Voilà ce qui résulte du dénombrement de 1754.

» Et il est à remarquer que tout ce qu'il énonce sur ces différens points, se retrouve dans un contrat notarié du 30 décembre 1698, par lequel Eugène-Hyacinthe Deswasières et Françoise Delannoy, son épouse, vendent à Jean-François Thobois un FIEF TENU DU PAYS ET COMTÉ DE HAINAUT, CONSISTANT EN DEUX DROITS DE TERRAGE, *l'un de neuf gerbes, nommé vulgairement le* TERRAGE DE SAINT-GÉRY, *dont le seigneur du lieu prend pour sa part une gerbe et demie, madame de Querrenaing et les vendeurs les sept gerbes et demie restantes, chacun par moitié; l'au-*

(1) Au lieu de, *avant les conquêtes de Louis XIV*, j'aurais dû dire (d'après les renseignemens historiques qui se trouvent à l'article *Secondes Noces*, §. 4): *avant la soumission du Cambresis au roi d'Espagne, Philippe II, comte de Hainaut.* Mais cela était indifférent à la question qu'il y avait à resoudre dans cette affaire, parceque *les deux droits de terrage* qui en étaient l'objet, existaient comme *fief ample*, relevant du comté de Hainaut, longtemps avant que la souveraineté de cette province et celle du Cambresis fussent réunies dans la même main.

Digitized by Google

tre, nommé vulgairement le COMMUN FIEF, *consistant en neuf gerbes, dans lequel ledit seigneur de Rieux, ladite dame de Querrenaing et les vendeurs prennent quatre gerbes et demie par tiers, faisant à chacun une gerbe et demie, à l'encontre du comte de Clairmont et du seigneur de Cauchi, pour l'autre moitié desdites neuf gerbes.*

» Cependant, ni ce contrat ni le dénombrement de 1754 n'expliquent comment la famille Thobois est devenue propriétaire de la portion qui appartenait ci-devant au Roi, seigneur de Rieux, dans le Terrage nommé le *commun fief*. Mais il est suppléé à leur silence par un jugement du bureau des finances de Lille, du 16 avril 1717; et l'analyse de ce jugement devient ici d'autant plus indispensable, qu'il doit en jaillir de nouveaux traits de lumière sur des faits extrêmement propres à déterminer la nature du droit dont il s'agit.

» On y voit d'abord que, le 14 avril 1704, Aubert Lefebvre avait acquis du Roi, par engagement, la seigneurie de Rieux; et que, fondé sur l'article de son contrat qui lui assurait la jouissance exclusive de tous les droits dépendans de cette seigneurie, il avait, par requête du 3 juin 1716, revendiqué contre Jean-François Thobois, cultivateur à Rieux, un droit de Terrage dont celui-ci jouissait indûment depuis l'année 1688, et qui consistait *en une gerbe du cent* sur le territoire de Rieux même.

» Le 26 du même mois de juin 1716, Jean-François Thobois répond à cette requête, que, par un procès-verbal d'adjudication du 26 mai 1687, passé devant l'intendant de Hainaut, il a acquis du roi, moyennant une redevance annuelle, les bâtimens et les terres de la ferme de Rieux, avec toutes leurs *dépendances*, au nombre desquelles était compris, depuis un temps immémorial, ainsi que le prouvent d'anciens baux qui remontent jusqu'à Charles-Quint, le droit de Terrage revendiqué par Aubert Lefebvre; que l'intendant de Hainaut, consulté sur ce point par Thobois après son adjudication, a ainsi expliqué le mot *dépendances;* qu'en conséquence, Thobois a constamment joui comme propriétaire par acquisition, du même droit de Terrage dont il avait précédemment joui comme fermier; qu'au surplus, le contrat d'engagement dont se prévaut Aubert Lefebvre, ne fait nulle mention de ce droit; que cependant l'expression de ce droit y eût été *d'autant plus nécessaire, qu'il y avait plusieurs propriétaires pour les autres parties dudit Terrage, preuve certaine qu'il n'était pas seigneurial, puisqu'en ce cas, il serait entièrement dû à la seigneurie de Rieux.*

» Jean-François Thobois ajoute que, quand même ce Terrage eût été originairement seigneurial dans sa totalité, Aubert Lefebvre n'en serait pas mieux fondé dans sa réclamation; qu'en effet, par son propre contrat d'engagement, il était dit que le Roi n'y comprenait pas *les rentes seigneuriales et foncières ci-devant aliénées;* que le Terrage, en le supposant seigneurial, est une véritable *rente seigneuriale et foncière;* qu'ainsi, il résulte du propre titre d'Aubert Lefebvre, que le Roi, avant de lui engager la seigneurie de Rieux, avait aliéné le Terrage qui en avait ci-devant dépendu; que par conséquent, sous tous les rapports, la demande d'Aubert Lefebvre doit être rejetée.

» Le 29 juillet 1716, Aubert Lefebvre, par une écriture de *réplique*, soutient que le mot *dépendances*, employé dans le procès-verbal d'adjudication de 1687, qui forme le titre de Jean-François Thobois, ne peut pas comprendre le Terrage qui lui avait été précédemment affermé, avec les bâtimens et les terres composant la ferme de Rieux. Il en donne différentes raisons, et notamment celle-ci : *Bien loin* (ce sont ses termes) *que le droit de Terrage compris dans l'adjudication qui a été faite au profit du défendeur* (Jean-François Thobois), *l'on observe du titre par lui produit, que les terres* (du Roi, seigneur de Rieux) *lui étaient vendues et arrentées à* LA CHARGE DES DROITS DE DIME ET TERRAGE; *il est donc obligé lui-même de payer le Terrage; ses propres terres n'en sont point exemptes, et à plus forte raison ne peut-il point avoir de Terrage sur les autres.*

» A cet argument, Jean-François Thobois répond, le 7 août 1716, par une écriture intitulée *duplique*, que déjà il a observé, *dans son mémoire de défense, qu'il y avait plusieurs ayant-droit de terrage à Rieux, et que, lorsqu'il était dit dans ses titres* (c'est-à-dire, dans l'adjudication de 1687), *que les terres lui étaient vendues ou arrentées* A LA CHARGE DES DROITS DE DIMES ET DE TERRAGE, *ce n'était point du terrage appartenant au Roi, puisqu'il s'ensuivrait de là que S. M. aurait dû à elle-même un droit de terrage, ce qui ne se pouvait pas, selon la maxime,* res sua nemini servit. *Les terres appartenant alors au Roi, pouvaient devoir dîme et terrage aux autres en ayant-droit; c'était de ce terrage-là dont parlaient les titres du défendeur* (Jean-François Thobois); *mais le terrage dû au Roi, s'étendait aussi sur les autres terres; et*

Digitized by Google

c'est une preuve que ce n'était pas une dépendance de la seigneurie de Rieux, puisqu'encore un coup, le Roi aurait dû à lui-même un terrage sur ses propres terres. Oui, le défendeur est obligé de payer le terrage aux autres terrageurs, et en même-temps en droit de le recevoir concurremment avec eux, pour la part qu'il a acquise, comme appartenant au Roi.....

» A ces écritures respectives, en succèdent d'autres dans lesquelles les deux parties s'attachent de plus en plus à soutenir chacune son système. Jean-François Thobois insiste principalement sur les baux de la ferme de Rieux, faits sous Charles-Quint, dans lesquels le terrage appartenant à l'empereur, est énoncé comme *revenant*, c'est-à-dire, comme annexé, à cette ferme. Il fait remarquer surtout le bail de 1547, dans lequel l'empereur, après avoir énuméré les objets qui y sont compris, ajoute: *sans qu'ils soient jamais dépendans de notre seigneurie de Rieux;* et il en tire la conséquence, que le terrage litigieux n'a jamais été seigneurial, mais purement foncier; que, par suite, il ne peut pas avoir été compris par les commissaires de Louis XIV, dans l'engagement qu'ils ont souscrit en 1704, au profit d'Aubert Lefebvre.

» De son côté, Aubert Lefebvre observe que cet argument prouve trop, et que conséquemment il ne prouve rien; qu'en effet, les baux accordés par Charles-Quint aux auteurs de Jean-François Thobois, ne comprenaient pas seulement les bâtimens de la ferme, les terres à labour et le terrage, mais encore les corvées, qui certainement étaient seigneuriales; que Jean François Thobois ne prétendait rien aux corvées, et qu'il n'en avait jamais joui en vertu de son adjudication de 1687; qu'ainsi, on ne pouvait pas non plus inférer des mêmes baux, que le terrage ne fût pas un droit dépendant de la seigneurie de Rieux; et que, si, dans le bail de 1547, il était dit que les objets affermés ne dépendraient jamais de cette seigneurie, cela signifiait seulement qu'ils ne seraient pas soumis à l'inspection du régisseur de la seigneurie même; qu'on ne pouvait voir là qu'un arrangement intérieur d'administration; et qu'il n'en pouvait résulter aucune conséquence pour la détermination de la nature des biens et des droits compris dans le bail.

» Telles étaient les raisons que s'opposaient réciproquement Aubert Lefebvre et Jean-François Thobois, devant le bureau des finances de Lille. Par le jugement cité, qui les rappelle toutes dans le plus grand détail, et qui paraît être resté sans appel, il a été prononcé en ces termes: *Nous avons déclaré le demandeur* (Aubert Lefebvre) *non fondé dans les conclusions de sa requête, et le condamnons aux dépens.*

» Ainsi, il a été jugé bien nettement que Jean-François Thobois était devenu, par son adjudication de 1687, propriétaire de la portion du Terrage qui appartenait au Roi, seigneur de Rieux, et que le Roi en était totalement exproprié, lorsqu'il avait, en 1704, engagé la seigneurie de Rieux à Aubert Lefebvre.

» Mais, comme vous le voyez, rien ne prouve qu'en prononçant ainsi, le bureau des finances de Lille ait entendu décider que la portion domaniale du Terrage n'avait pas formé, dans la main du Roi, un droit seigneurial. Jean-François Thobois pouvait tout aussi bien obtenir gain de cause dans la supposition contraire: il lui suffisait pour cela de prouver que l'intendant de Hainaut avait eu l'intention de comprendre cette portion de Terrage, seigneuriale ou non, dans l'adjudication qu'il lui avait faite en 1687, de la ferme de Rieux et de ses *dépendances*.

» Une chose, au surplus, qui mérite de notre part une grande attention, c'est que, dans les diverses écritures que rappelle et analyse le jugement du bureau des finances, il est avoué de part et d'autre que, par l'adjudication de 1687, Jean-François Thobois était chargé par le commissaire du Roi, d'acquitter les droits de Terrage dont étaient grevées envers ses co-champarteurs, les terres domaniales qu'il acquérait. Ainsi, on ne peut pas douter qu'avant 1687, le Roi, seigneur de Rieux, ne fût lui-même soumis, sur ses propres terres, au droit de Terrage dont il est ici question; et cela, jusqu'à concurrence des portions qui appartenaient, dans ce droit, aux particuliers avec lesquels il en partageait l'exercice et la jouissance sur les terres des autres. On ne peut pas douter non plus que, depuis 1687, la famille Thobois n'ait continué de payer le même droit à ses co-terrageurs, sur les terres qu'elle avait acquises du roi.

» Tel était l'état des choses, lorsque furent publiées les lois des 25 août 1792 et 17 juillet 1793.

» Il paraît que, vers cette époque, le cit. Thobois fut inscrit sur la liste des émigrés; que toutes ses propriétés furent mises sous la main de la nation, et que, dès ce moment, les redevables du droit de Terrage cessèrent de l'acquitter; mais le cit. Thobois, ayant obtenu un brevet d'amnistie et par suite la main-levée de son séquestre, s'est pourvu contre André Dérieux, cultivateur à Cagnoncle, pour le faire condamner, comme posses-

Digitized by Google

seur de trois pièces de terres situées dans le territoire de la commune de Rieux, à lui payer le Terrage auquel elles avaient été assujéties de temps immémorial, et qu'elles n'avaient cessé d'acquitter que depuis l'année 1793.

» Par un premier jugemement du 4 ventôse an 10, le tribunal civil de l'arrondissement de Cambrai a ordonné au cit. Thobois *de justifier que le Terrage dont il s'agit, avait tout autre cause qu'une concession féodale, et de rapporter le titre primordial et constitutif de ce droit.*

» Le cit. Thobois s'est trouvé dans l'impossibilité de représenter un pareil titre; et en conséquence, par un jugement définitif du 22 germinal suivant, il a été débouté de sa demande.

» Sur l'appel, le préfet du département du Nord est intervenu pour demander, conjointement avec le cit. Thobois, la réformation de ce jugement, et pour conclure séparément à ce que les arrérages échus antérieurement à la levée, obtenue par le cit. Thobois, du séquestre apposé sur ses biens, fussent adjugés à la république.

» Par jugement du 9 fructidor an 10, le tribunal d'appel de Douai a reconnu, en fait, qu'avant l'abolition du régime féodal, l'une des trois pièces de terre sur lesquelles était réclamé le Terrage, avait relevé, à titre de fief, de la seigneurie de Rieux.

» Cette circonstance avait fourni au cit. Thobois un moyen qu'il vous reproduit encore, et que nous nous réservons d'apprécier. Mais, sans s'arrêter à ce moyen, non plus qu'aux autres, le tribunal d'appel de Douai a confirmé le jugement de première instance, *attendu que, par le titre d'acquisition de ce terrage faite par Jean-François Thobois, aïeul de l'appelant, le 30 décembre 1698, on voit que ce terrage se partageait avec le ci-devant seigneur du lieu, et qu'il était, de même que le surplus de ladite seigneurie, tenu en fief du Roi, à cause de son comté de Hainaut; qu'il est donc à présumer que ce terrage, qui se percevait sur 13 à 1400 mencaudées de terre, était seigneurial, et prenait sa source dans la puissance féodale, de même que la portion qui est restée entre les mains du ci-devant seigneur, et qu'il a conséquemment été aboli par l'art. 5 de la loi du 25 août 1792.....; que l'appelant ne rapportant point le titre primordial* (exigé par cet article), *il doit être débouté de sa demande, comme il l'a été par les premiers juges, sans qu'il puisse se prévaloir de l'art. 17 de la même loi...., puisqu'il est possesseur de fief et d'une portion de redevances seigneuriales dont le seigneur primitif a toujours conservé une partie; qu'on ne peut douter que cette dernière partie ne soit supprimée sans indemnité, et qu'il en est de même, par conséquent, de celle possédée par l'appelant, puisque* UNA ET EADEM RES NON POTEST DIVERSO JURE CONSERI.

» C'est de ce jugement que le cit. Thobois, et avec lui, le préfet du département du Nord vous demandent la cassation. Trois moyens sont employés à l'appui de leur recours: violation de la chose jugée, fausse application et violation de la loi du 25 août 1792; contravention aux chartes générales du Hainaut.

» De ces trois moyens, les deux derniers rentrent visiblement l'un dans l'autre, et n'en forment réellement qu'un seul. Quant au premier, on le fait résulter du jugement du bureau des finances de Lille du 16 avril 1717; et déjà vous avez vu qu'il n'est rien moins que certain que ce jugement ait décidé la question de savoir si le Terrage litigieux était ou non un droit seigneurial; d'ailleurs, il n'a pas été rendu avec André Dérieux, et il ne peut conséquemment lui être opposé. Ainsi, le premier moyen de cassation que l'on vous présente, ne peut mériter aucune espèce de considération, et nous devons nous renfermer dans l'examen de celui que composent le second et le troisième.

» Commençons par rappeler les faits essentiels.

» Il en est six qui résultent des pièces que nous venons de parcourir:

» Le premier, que jusqu'en 1789, le cit. Thobois a possédé, comme fief relevant immédiatement du Roi à cause de son comté de Hainaut, le droit de Terrage qu'on lui conteste aujourd'hui;

» Le second, que le cit. Thobois n'a cependant jamais eu aucun droit de seigneurie sur les terres qui lui payaient Terrage;

» Le troisième, qu'une portion de ce Terrage a anciennement appartenu au Roi, seigneur de Rieux;

» Le quatrième, que le Roi était lui-même soumis à ce droit sur ses propres terres envers ses co-terrageurs;

» Le cinquième, qu'une partie des fonds soumis au Terrage euvers le Roi et ses co-terrageurs, était tenue en fief du Roi à cause de sa seigneurie de Rieux;

» Le sixième, que la partie de ces mêmes fonds qui était située dans les communes de Villers-Cauchi, de Cagnoncle et d'Avesnes-les-Aubert, ne relevait pas du Roi à titre de seigneurie, et qu'elle dépendait de seigneurs particuliers.

Digitized by Google

» Tous ces faits ne sont pas reconnus expressément par le jugement du tribunal d'appel de Douai. Ce jugement reconnaît bien 1° que le cit. Thobois possédait son Terrage comme fief; 2° que le seigneur de Rieux en avait autrefois possédé une portion; 3° que l'adversaire du cit. Thobois tenait en fief de la seigneurie de Rieux, l'une des trois pièces de terre sur lesquelles le cit. Thobois réclame son droit de Terrage; 4° que le cit. Thobois n'avait jamais été seigneur direct de ces mêmes pièces de terre ni d'aucune autre; mais il garde le silence sur les deux autres faits; et de là naît une première question, celle de savoir si l'allégation de ces deux faits est recevable devant vous, soit de la part du cit. Thobois, soit de la part du préfet du département du Nord.

» Si ce jugement était rédigé avec tout le soin que commande l'art. 15 du tit. 5 de la loi du 24 août 1790, s'il contenait exactement les quatre parties prescrites par cet article, si surtout il retraçait avec précision les circonstances de la cause et les moyens employés de part et d'autre, nous ne balancerions pas à dire que de son silence sur les faits dont il s'agit, doit résulter la preuve légale que ces faits n'ont pas été articulés, encore moins justifiés, devant le tribunal d'appel.

» Mais pouvons-nous tirer une pareille conséquence d'un jugement qui, par son laconisme outré sur les faits de la cause, et par son silence absolu sur les moyens employés par les parties devant le tribunal d'appel, mériterait, à la rigueur, d'être cassé comme violant l'article cité de la loi du 24 août 1790? Ce serait, nous osons le dire, donner une extension bien dangereuse à l'indulgence déjà trop grande, peut-être, avec laquelle, depuis quelque temps, le tribunal de cassation envisage les lacunes qui ne se rencontrent que trop souvent dans la rédaction des jugemens en dernier ressort; et il nous semble, au contraire, que, de cela seul que le tribunal d'appel de Douai n'a pas mis dans son jugement tout ce qu'il devait y mettre, ou doit inférer que les parties qui s'en plaignent, ont le droit d'être crues sur parole, quand elles viennent vous dire : voilà des titres que j'ai produits devant les juges de Douai, et que les juges de Douai ont méprisés.

» Remarquons d'ailleurs que des deux faits dont il s'agit, il en est un qui est prouvé avoir été articulé et justifié devant le tribunal d'appel de Douai : c'est le fait que le roi était, sur ses propres terres, sujet envers ses co-champarteurs, au droit de Terrage dont il jouissait concurremment avec eux sur les terres des autres : car nous voyons par la correspondance officielle du préfet du département du Nord avec le commissaire du gouvernement près le tribunal d'appel, que celui-ci a fait valoir à l'audience, le jugement du bureau des finances de Lille du 16 avril 1717; et vous n'avez pas oublié que, dans le vu de ce jugement, il est énoncé et reconnu que, par le procès-verbal d'adjudication de 1687, Jean-François Thobois avait acquis du roi la ferme de Rieux et les terres qui en dépendaient, à la charge du droit de Terrage dont elles étaient grevées.

» Ainsi, des six faits sur lesquels repose la demande en cassation du préfet du département du Nord et du cit. Thobois, il n'en reste plus qu'un dont on ne trouve aucune trace d'allégation ni de preuve devant le tribunal d'appel; c'est le fait que le Terrage litigieux se percevait, non seulement dans la commune de Rieux, dont le roi était seigneur, mais encore dans celle de Villers-Cauchi, où le roi n'exerçait aucun droit de seigneurie, mais encore surtout dans celles de Cagnoncle et d'Avesnes-les-Aubert, qui étaient également soumises à des seigneurs particuliers, et qui même, avant les conquêtes de Louis XIV, faisaient partie d'une souveraineté indépendante de celle du Hainaut. Conclurons-nous de là que ce fait doit être, devant vous, écarté de la cause soumise à votre examen? Non, car 1° ce fait n'est pas nié par le défendeur; le défendeur se borne à combattre les conséquences qu'en tirent le préfet du département du Nord et le cit. Thobois; 2° ce fait est clairement justifié par le dénombrement de 1754; et il est bien permis de croire que le cit. Thobois n'aura pas manqué de produire devant le tribunal d'appel, une pièce aussi importante. Observons d'ailleurs qu'au tribunal d'appel de Douai, les affaires qui se jugent sur plaidoiries, ne sont précédées d'aucune espèce d'instruction par écrit, ni de signification de pièces. Le tribunal d'appel de Douai suit en cela l'usage qui était établi au parlement de Flandre, et cet usage avait sa source dans le défaut absolu de loi et de réglement sur la manière d'instruire les causes d'audience; car l'ordonnance de 1667 n'a jamais été publiée dans le département du Nord, et elle n'y est remplacée en cette partie par aucune disposition législative ni réglementaire. Ce n'est donc que par les jugemens du tribunal d'appel de Douai, qu'il peut être constaté que telle pièce a été produite à l'audience de ce tribu-

Digitized by Google

nal ; mais si, comme dans l'espèce actuelle, ces jugemens sont absolument muets sur les moyens qui ont été employés dans les plaidoiries, à coup sûr leur silence, déjà répréhensible sous ce rapport, ne peut pas être considéré comme une preuve négative de la non-allégation d'un fait, de la non-production d'un acte.

» Ainsi, nous devons, dans la discussion de cette affaire, tenir pour constant que le dénombrement de 1754 a été produit devant le tribunal d'appel de Douai ; et par conséquent que ce tribunal a eu sous les yeux la preuve que les fonds ci-devant soumis au Terrage, aujourd'hui en litige, étaient situés partie à Rieux, partie à Villers-Cauchi, partie à Cagnoncle, et partie à Avesnes-les-Aubert.

» Voyons maintenant si, d'après ce fait et les cinq autres que nous rappelions tout à l'heure, le tribunal d'appel de Douai a pu rejeter la demande du cit. Thobois, sans appliquer à faux et violer les lois de la matière.

» Et d'abord, de ce que le titre constitutif du droit de Terrage dont il s'agit, n'est pas représenté, s'ensuit-il que ce droit de Terrage doit être regardé comme originairement seigneurial ?

» Le défendeur soutient l'affirmative. Suivant lui, toute prestation réelle doit être présumée féodale dans son origine, et c'est à celui qui prétend la conserver comme purement foncière, à prouver que telle était effectivement sa nature primitive.

» Mais ce système nous paraît en opposition directe avec l'art. 17 de la loi du 25 août 1792, aux termes duquel, *ne sont pas compris dans le présent décret, les rentes*, CHAMPARTS *et autres redevances qui ne tiennent point à la féodalité, et qui sont dues à des particuliers non seigneurs ou possesseurs de fiefs*. Il résulte, en effet, de cette disposition, que l'on ne peut pas appliquer aux particuliers non seigneurs ni possesseurs de fiefs, l'art. 5 de la même loi par lequel sont abolis tous les champarts, tous les droits seigneuriaux, qui ne seront pas prouvés par titres primitifs, être le prix d'une concession de fonds. Il en résulte par conséquent que les particuliers non seigneurs ni possesseurs de fiefs, ne sont pas tenus de rapporter les titres constitutifs de leurs champarts, de leurs droits fonciers quelconques; et par conséquent encore il en résulte que tout champart, tout droit foncier doit être présumé non seigneurial, si c'est à un non seigneur qu'il est dû.

» Mais cette présomption peut-elle être invoquée ici par le cit. Thobois ? La négative paraît, au premier abord, incontestable. C'était comme fief que le cit. Thobois possédait son droit de Terrage ; il en faisait hommage au Roi, comte de Hainaut ; il était donc *possesseur de fief ;* son droit de terrage était donc féodal.

» Oui, sans doute, ce droit était *féodal* dans la personne du cit. Thobois; mais l'était-il dans le sens qu'attachent à ce mot les lois de 1789, 1790, 1791, 1792 et 1793 ?

» Cette question n'est pas nouvelle pour le tribunal de cassation. Elle s'est présentée à l'audience de la section des requêtes, le 26 pluviôse an 11, dans l'affaire des cit. Marqués contre le cit. Schawenbourg. Les premiers demandaient la cassation d'un jugement du tribunal d'appel de Colmar, qui avait décidé en faveur du second, qu'une rente *colongère* tenue par celui-ci en fief du duché de Deux-Ponts, n'avait pas été abolie par la loi du 17 juillet 1793, parcequ'elle n'avait formé, dans les mains du cit. Schawenbourg, qu'un *fief passif;* parceque jamais il n'avait existé, entre le cit. Schawenbourg et les redevables de cette rente, le moindre rapport de féodalité ni de seigneurie; parcequ'enfin l'intention de la loi du 17 juillet 1793 n'avait été que d'anéantir, en faveur des redevables de droits seigneuriaux, le lien féodal qui les avait jusqu'alors attachés à leurs ci-devant seigneurs. Les cit. Marquès soutenaient qu'en prononçant ainsi, le tribunal d'appel de Colmar avait violé la loi. Mais, au rapport du cit. Lombard, et sur nos conclusions, leur requête a été rejetée, *attendu qu'ils* n'avaient *pas justifié que la rente colongère dont ils étaient redevables, eût un caractère véritable et certain de féodalité.*

» Ainsi, dans notre espèce, rien à conclure contre le cit. Thobois, de ce qu'il possédait comme fief, le droit de Terrage dont il est question. Oui, il le possédait comme fief; mais c'était pour lui un fief purement passif; cette qualité de fief n'était pour lui qu'une charge; elle ne lui conférait aucune supériorité, aucune puissance, sur les terres assujéties à son Terrage ; en un mot, de ce que son Terrage était féodal de lui au comte de Hainaut, il ne s'ensuit nullement qu'il eût le même caractère de lui aux redevables de ce droit.

» Mais si, sous ce premier aspect, la réclamation du cit. Thobois paraît juste et en harmonie même avec la loi du 17 juillet 1793, il en est un second sous lequel cette loi semble la condamner; c'est que, par les titres du cit. Thobois lui-même, il est prouvé qu'a-

Digitized by Google

vant 1687, le Roi, seigneur de Rieux, possédait une portion du Terrage dont il s'agit; qu'en 1687, une partie de cette portion a été arrentée à la famille Thobois, et que le surplus l'a été depuis à une autre famille.

» Il est certain, en effet, que le seigneur de Rieux, en aliénant sa portion de Terrage, n'en a pas changé la nature par rapport aux redevables; que, si, dans sa main, elle était, de la part des redevables, récognitive de sa seigneurie, elle n'a pas perdu ce caractère en passant par vente, inféodation ou bail à rente, dans la main d'un particulier (1); que par conséquent, dans cette hypothèse, les redevables ont toujours continué de la payer en reconnaissance de la seigneurie directe du seigneur de Rieux; que, par une conséquence ultérieure, elle a été, dans cette même hypothèse, abolie par la loi du 17 juillet 1793, au préjudice de l'aliénataire du seigneur de Rieux, comme elle l'eût été au préjudice du seigneur de Rieux lui-même, s'il ne l'eût pas aliénée.

» Mais de ce qu'avant 1687, une portion de ce Terrage appartenait au seigneur de Rieux, suit-il nécessairement qu'il la possédait comme récognitive de sa seigneurie? Non, répond le cit. Thobois, car le Terrage n'est pas, de sa nature, un droit seigneurial; il ne l'est, ni par le droit commun, ni par les dispositions des chartes générales de Hainaut. On ne peut donc, tant qu'il n'est pas prouvé avoir un caractère de seigneurie, le considérer que comme une prestation purement foncière.

» Non, certainement, le Terrage n'est pas seigneurial de sa nature; et cela est si vrai, qu'en Hainaut, il se prescrit par vingt et un ans de cessation du paiement (chap. 107, art. 8), quoique les droits seigneuriaux soient imprescriptibles (même chapitre, art. 12).

» Mais que doit-on conclure de cette maxime? Sans contredit, il en résulte que l'on n'est pas présumé seigneur direct d'un bien, par cela seul qu'on y perçoit un droit de Terrage; et c'est ce qui a été jugé, pour le Hainaut même, en grande connaissance de cause, par un arrêt de révision du parlement de Douai, du 22 janvier 1785, entre le seigneur de Potelles et la dame de Buhat.

» Poussera-t-on plus loin cette conséquence? L'étendra-t-on jusqu'à dire que le Terrage possédé par un seigneur, ne forme jamais dans sa main un droit seigneurial? Ni le droit commun ni les chartes générales n'autorisent une semblable extension.

» Dans les pays non allodiaux, et le Hainaut était bien constamment un pays non allodial, puisque tous les biens y étaient réputés fiefs, jusqu'à la preuve du contraire (chap. 102, art. 2), dans les pays non allodiaux, le champart que percevait un seigneur sur les fonds de sa directe, était, par le droit commun, réputé *cens*, et comme tel imprescriptible....

» Il est vrai que, lorsque le même fonds devait à la fois un cens et un champart, et que l'on ne prouvait pas que le champart eût été constitué avant le cens, celui-ci était seul réputé seigneurial, et l'autre purement foncier (1).

» Mais, d'une part, on ne voit pas, dans notre espèce, que les terres sur lesquelles le seigneur de Rieux percevait son Terrage, lui dussent d'autres prestations. Le cit. Thobois l'a bien allégué dans ses mémoires; mais il n'en a fourni aucune preuve.

» D'un autre côté, quand il serait prouvé que le seigneur de Rieux percevait sur les terres sujettes à son Terrage, des rentes qui, soit sous le nom de *cens*, soit sous toute autre dénomination, eussent été récognitives de sa seigneurie, la condition du seigneur de Rieux, ou, ce qui est la même chose, du cit. Thobois qui le représente, n'en serait pas ici plus favorable : pourquoi? Parceque la loi du 17 juillet 1793, telle qu'elle est interprétée par les décrets du 2 octobre suivant et du 7 ventôse an 2, abolit, non seulement le cens proprement dit, mais encore les redevances foncières (et par conséquent les droits de champart) qui ont été constitués additionnellement au cens.

» Il est vrai que, par un jugement de la section des requêtes, du 3 pluviôse an 10 (2), rendu au rapport du cit. Boyer et sur nos conclusions, il a été décidé qu'une rente foncière n'est pas réputée avoir été seigneuriale dans son origine, quoique, dans son origine, elle ait été due à un ci-devant seigneur.

» Mais prenons garde à l'espèce dans laquelle a été rendu ce jugement : il a été rendu pour une rente foncière dont étaient grevés des héritages situés dans la ci-devant Alsace; et comme la ci-devant Alsace est un pays allodial, il n'en fallait pas davantage pour faire retomber sur la partie qui alléguait la féoda-

(1) *V.* ci-devant, §. 1er, à la note qui est au commencement.

(1) *V.* ci-devant, §. 1er.

(2) *V.* l'article *Rente foncière, Rente seigneuriale*, §. 10.

Digitized by Google

lité originaire de la rente, la preuve directe de son assertion; car, dans les pays allodiaux, ni le bail à fief, ni le bail à cens ne se présumaient; il fallait les prouver, ou par des titres primitifs, ou par des reconnaissances, ou par des actes de possession. Mais il en était tout autrement dans les pays non allodiaux; là, tout était présumé venir de la concession du seigneur, en sa qualité de seigneur; et par une suite nécessaire, la rente foncière que possédait un seigneur, était présumée le prix d'une concession seigneuriale : là, par conséquent, on doit réputer abolie toute redevance qui, avant la révolution, appartenait à un seigneur; et c'est ce qu'a expressément décidé un décret du 6 messidor an 2...

» Il n'en faut donc point douter : s'il était bien constant que tout le droit de Terrage aujourd'hui en litige eût autrefois appartenu au seigneur de Rieux, ce droit serait aujourd'hui présumé avoir été originairement seigneurial dans sa totalité, et il serait, comme tel, aboli par les lois des 25 août 1792 et 17 juillet 1793.

» Mais telle n'est pas, à beaucoup près, l'espèce de la cause. Rien ne prouve que le seigneur de Rieux ait jamais joui de la totalité de ce Terrage; et c'est dans ce défaut de preuve, que gît toute la difficulté qui vous occupe; car, nous l'avons déjà remarqué, les portions de Terrage dont jouissait le seigneur de Rieux avant 1687, ne formaient qu'un seul et même droit avec les autres portions qui existaient alors, et ont continué depuis d'exister, dans les mains de divers particuliers non seigneurs.

» Ainsi, deux présomptions de droit se trouvent ici en opposition l'une avec l'autre. D'un côté, les portions de Terrage dont le seigneur jouissait avant 1687, sont présumées seigneuriales, par cela seul qu'elles étaient dues à un seigneur dans un pays où tous les biens-fonds étaient présumés venir de lui par bail à fief ou bail à cens.

» D'un autre côté, les portions de Terrage qui, avant 1687, appartenaient à des particuliers non seigneurs, sont par cela seul présumées n'avoir jamais eu aucun caractère de féodalité.

» Cependant il n'est pas possible qu'un même droit ait été originairement seigneurial et non seigneurial; comme l'a très-bien dit le tribunal d'appel de Douai, *una et eadem res non potest diverso jure censeri;* et puisqu'il a été un temps où toutes ces portions de Terrage étaient réunies dans une seule et même main, il faut bien que, dans le principe, la totalité du droit ait été ou seigneuriale ou non seigneuriale; ou, pour dire la même chose en d'autres termes, il faut bien que, dans le principe, la totalité du droit ait résidé, ou dans la main du seigneur de Rieux, qui en aura dans la suite aliéné différentes portions, ou dans la main d'un particulier non seigneur entre les héritiers duquel il se sera partagé, et dont l'un des successeurs aura transmis sa part au seigneur de Rieux, soit par déshérence, soit par confiscation.

» Il reste donc à savoir quel est, dans cette alternative, le parti qui doit l'emporter, à défaut de preuve.

» Il semblerait, au premier abord, que la balance dût pencher en faveur des rédevables, puisque, dans le doute, les principes veulent que l'on prononce contre le créancier. Mais il y a une distinction à faire, et elle est essentielle.

» Lorsqu'il est douteux si une dette a été contractée ou si elle l'a été valablement, la cause du prétendu débiteur est la plus favorable, et il doit être absous. Mais quand il est certain que la dette a existé et qu'il s'agit de savoir si elle est éteinte, c'est au débiteur qui en allègue l'extinction, à la prouver; et s'il ne prouve pas le fait duquel il en fait dériver l'extinction prétendue, il doit être condamné : *reus excipiendo fit actor.*

» Or, ici, quelle est la dette réclamée par le cit. Thobois? C'est un droit de Terrage. L'ancienne existence de ce droit est-elle contestée? Non, le cit. Dérieux avoue l'avoir anciennement dû, il avoue l'avoir payé sans interruption jusqu'à la loi du 25 août 1792; mais il soutient que, par la loi du 25 août 1792, ce droit a été aboli. Que doit-il prouver pour établir qu'en effet la loi du 25 août 1792 a frappé ce droit de suppression? Il doit prouver que ce droit a originairement appartenu en totalité au seigneur de Rieux. Mais cette preuve, la représente-t-il? Non. Il ne peut donc pas être écouté; il doit donc être traité comme le serait un débiteur qui soutiendrait avoir éteint sa dette par un paiement dont il ne rapporterait pas la quittance. Il doit donc être condamné.

» Nous pourrions nous arrêter ici; car déjà vous devez être intimement convaincus que le tribunal d'appel de Douai a fait une fausse application des lois des 25 août 1792 et 17 juillet 1793. Cependant il ne sera pas inutile de parcourir les divers argumens que le cit. Thobois fait valoir à l'appui de celui que nous venons d'examiner. Nous ne les trouvons pas tous également décisifs; mais leur discussion ne laissera pas de jeter un nouveau jour sur la cause.

» Le cit. Thobois se prévaut d'abord de ce

Digitized by Google

que plusieurs des fonds de terre sur lesquels il réclame le Terrage, étaient ci-devant tenus en fief de la seigneurie de Rieux. Le fait est constant, et le jugement attaqué le met lui-même à l'abri de toute contradiction. Mais qu'en peut-il résulter? Il en résulte, suivant le cit. Thobois, que le Terrage dont ces fonds sont grevés, ne peut pas être assimilé à un cens; car Dumoulin, sur l'art. 12 du chap. 5 de la coutume de Nivernais, dit, et c'est une vérité universellement reconnue, que *eadem res non potest, sive ab uno, sive à diversis, teneri in feudum et censum simul : imò*, ajoute-t-il, *hoc esset repugnans et incompatibile.*

» Mais de ce que le Terrage prétendu par le cit. Thobois sur les biens ci-devant tenus en fief de la seigneurie de Rieux, ne peut pas être assimilé à un *cens*, c'est-à-dire, à une redevance constituée pour prix de la concession d'un immeuble en censive, s'ensuit-il qu'on ne peut pas le considérer comme prestation récognitive d'une concession en fief? Pour que cela fût impossible, il faudrait qu'il répugnât à la nature des fiefs d'être concédés moyennant un droit de champart. Or, on sent qu'il a été bien libre au seigneur de Rieux de se créer des vassaux par l'inféodation d'une partie de son domaine foncier, en leur imposant la charge d'une prestation annuelle, soit en argent, soit en grains, soit en fruits bruts; et non seulement il n'y a rien dans cette idée qui choque l'essence des fiefs, mais on voit, en parcourant les feudistes, que la chose n'était pas sans exemple.

» Tous les feudistes reconnaissent que, parmi les droits qu'un seigneur peut se réserver dans l'inféodation qu'il fait d'une partie de son domaine, on doit en distinguer de trois sortes, les *essentiels*, les *naturels* et les *accidentels*. La fidélité, disent-ils, est le seul droit féodal qui soit de l'essence du fief, elle suffit seule pour imprimer le caractère de la féodalité. Les *droits naturels* féodaux sont l'*obligation de porter la foi* (signe extérieur du lien moral, du devoir dans lequel consiste la fidélité), le *quint*, le *relief*, la *saisie féodale*, la *commise*, le *retrait féodal*, etc.; on les nomme *droits naturels féodaux*, parce-que, bien que, sans eux, le fief puisse exister, néanmoins ils dérivent de sa nature, et sont de droit commun. Les *droits accidentels* sont ceux qui ne dérivant ni de l'essence ni de la nature du fief, ne sont néanmoins contraires ni à l'une ni à l'autre, et peuvent avoir lieu en vertu d'une convention particulière, prouvée par titre ou par possession. *Telles sont*, dit Hervé, dans sa *Théorie des matières féodales*, tome 1er, page 385, LES RENTES, *les corvées*, *les banalités*. Il n'est donc pas contre l'essence ni même contre la nature d'un fief, que le seigneur, en le concédant, l'ait assujéti à une *rente*; et le bon sens nous dit assez que, s'il a pu l'assujétir à une rente, il a bien pu aussi l'assujétir à un droit de champart. Au surplus, ce que dit là-dessus Hervé, n'est que la répétition de ce qu'avait écrit Dumoulin dans la préface de son Commentaire sur le titre *des fiefs* de la coutume de Paris, nº 114. *Si in infeudatione*, ce sont les termes de ce grand jurisconsulte, *res sit concessa in feudum....., retentâ certâ annuâ pensitatione, erit verum feudum.*

» Eh! Comment le cit. Thobois pourrait-il méconnaître cette doctrine, tandis que ses propres titres lui en offrent l'application dans sa famille? C'est en fief qu'a été concédée à son aïeul, en 1687, la portion de Terrage qu'il a alors acquise du Roi; et cependant le cit. Thobois paie encore au domaine, pour prix de cette concession, une redevance annuelle. Donc, même d'après les titres du cit. Thobois, une redevance annuelle peut très-bien s'allier avec une concession en fief. Donc, le seigneur de Rieux a pu anciennement concéder en fief une partie de son domaine, à la charge d'un droit de Terrage. Donc, la circonstance que, parmi les fonds sur lesquels le cit. Thobois réclame son droit de Terrage, il s'en trouve plusieurs qui étaient ci-devant tenus en fief de la seigneurie de Rieux, ne prouve nullement que ce droit de Terrage n'ait pas été originairement seigneurial.

» Mais, au moins, dit encore le cit. Thobois, il est constant que le seigneur de Rieux devait lui-même le Terrage sur une partie des terres qui composaient son domaine seigneurial; et de là il suit évidemment que ce Terrage n'était pas récognitif d'un droit de seigneurie; car, s'il eût eu ce caractère, bien certainement le seigneur de Rieux ne l'aurait pas payé lui-même à ses co-terrageurs, qui n'avaient aucun droit de seigneurie dans son territoire.

» Ce raisonnement est spécieux, mais c'est là tout son mérite. Le seigneur de Rieux aurait très-bien pu, après avoir inféodé ses terres moyennant un droit de champart, aliéner quelques portions de ce droit, et ensuite réacquérir, soit par rachat, soit par retrait féodal, soit par déshérence, soit par confiscation, une partie des fonds compris dans son inféodation primitive; et il est sensible que, dans ce cas, la partie de fonds qui serait ainsi rentrée dans sa propriété, n'y serait rentrée qu'avec la charge du droit de champart, non pas

Digitized by Google

envers lui-même, puisque *res sua nemini servit*, mais envers les particuliers à qui il en eût précédemment concédé des portions.

» Ce n'est pas avec plus de fondement que le cit. Thobois argumente de ce que les co-champarteurs particuliers du seigneur de Rieux, tenaient leurs portions de Terrage en fief, non du seigneur de Rieux même, mais du comte de Hainaut. Cet argument perd toute sa force, dès que l'on fait attention que le seigneur de Rieux et le comte de Hainaut n'étaient qu'une seule et même personne.

» A la vérité, la seigneurie de Rieux pouvait avoir et avait, en effet, des mouvances distinctes de celles du comté de Hainaut, et l'on ne pouvait pas regarder comme vassaux immédiats du comté de Hainaut les vassaux immédiats de la seigneurie de Rieux; de même qu'on ne pouvait pas, en France, considérer comme relevant directement de la couronne, les fiefs qui relevaient du roi à cause de son comté de Paris.

» A la vérité, il semble, au premier coup-d'œil, résulter de là que ce n'est point par inféodation d'une partie du domaine de la seigneurie de Rieux, qu'a été constitué le droit de Terrage dont il s'agit; puisque, dans cette hypothèse, le droit de Terrage dont il s'agit aurait formé une dépendance immédiate de la seigneurie de Rieux; et qu'en concédant ce même droit en fief, le seigneur de Rieux aurait dû le concéder, non comme comte de Hainaut, mais comme seigneur de Rieux.

» A la vérité enfin, il semble, au premier coup-d'œil, que, dans cette même hypothèse, les concessionnaires du droit de Terrage auraient dû le tenir en fief de la seigneurie de Rieux, et non du comté de Hainaut.

» Mais toutes ces inductions, quelque apparentes qu'elles soient, s'évanouissent devant un fait consacré par les monumens les plus authentiques de l'histoire, et notamment par le placard de Charles-Quint, du 15 décembre 1515, *pour l'entretenement des autorités de la cour de Mons :* c'est que le comté de Hainaut était, avant les conquêtes de Louis XIV, et depuis le quinzième siècle, une souveraineté absolument indépendante : il est évident, en effet, que le comte de Hainaut pouvait déroger aux règles ordinaires des mouvances féodales, et qu'il était le maître, en inféodant diverses portions de Terrage dépendant de sa seigneurie de Rieux, d'imposer à ses concessionnaires la condition de les tenir en fief de son comté de Hainaut; comme, en France, le roi pouvait, en inféodant des droits dépendans de son comté de Paris, charger ses concessionnaires de les tenir directement en fief de la couronne. Or, ce que le comte de Hainaut a pu faire, qui nous assurera qu'il ne l'a pas fait?

» Le cit. Thobois cherche encore à se faire un moyen de ce que le fief que constituaient dans ses mains les portions de Terrage qu'il possédait par inféodation du comte de Hainaut, n'était pas un *fief lige*, mais un *fief ample*, qualité que lui donne effectivement l'aveu et dénombrement de 1754. A entendre le cit. Thobois, le *fief ample* différait du *fief lige*, en ce que celui-ci ne pouvait avoir été créé que par concession de fonds de la part du seigneur à son vassal, au lieu que celui-là ne pouvait former que ce qu'on appelait communément un *fief offert*, un *fief d'oblation*. Et de cette définition du *fief ample*, le cit. Thobois conclud que le droit de Terrage, aujourd'hui en litige, n'a jamais été le prix d'une concession de fonds de la part du seigneur de Rieux; que c'était, dans le principe, un droit purement foncier; que les propriétaires de ce droit ont bien voulu s'en dessaisir entre les mains du comte de Hainaut, pour en recevoir immédiatement de lui l'investiture, et le tenir désormais en fief de son comté; mais que, si, par là, ils ont fait de ce droit un fief *passif* à leur égard, ils n'en ont pas fait un fief *actif* à l'égard des redevables; et que, depuis comme avant la création de ce fief, de pure *oblation*, les redevables n'ont jamais dû le Terrage comme récognitif de seigneurie; qu'ils ne l'ont jamais dû que comme prestation purement foncière.

» Ce raisonnement serait véritablement sans réplique, si quelque chose pouvait justifier la définition que donne le cit. Thobois des mots *fief ample ;* c'est-à-dire, si ces mots étaient bien constamment synonymes de *fief d'oblation* ou *fief offert*. Il est certain, en effet, et la section des requêtes l'a ainsi jugé, le 26 pluviôse an 11, dans l'affaire des cit. Marquès contre le cit. Schawenbourg, qu'une redevance ci-devant possédée à titre de *fief offert* ou de *fief d'oblation*, n'a, envers les fonds qui en sont grevés, aucun caractère de féodalité, et qu'elle n'est pas abolie, même par la loi du 17 juillet 1793.

» Mais où est la preuve que ce qu'on nommait, en Hainaut, *fief ample*, fût ce qu'on appelait ailleurs *fief offert ?* Il n'existe là-dessus aucune espèce de renseignemens, soit dans les chartes générales, soit dans les auteurs qui ont écrit sur ces lois, soit dans les anciens monumens de la féodalité.

» Les chartes générales se bornent, dans le chap. 100, à opposer le *fief ample* au *fief lige*. *Le seigneur* (disent-elles, art. 8) *ne sera*

Digitized by Google

reçu à prouver par son serment quelque fief être LIGE, *mais devra le vérifier par témoins ou lettres, comme en autre cas; et en faute de preuve, ledit fief sera tenu pour* AMPLE.

» *Le bailli* (ajoutent-elles, art. 15) *ne pourra, au préjudice de son seigneur, altérer ou libérer un fief, en le déclarant* AMPLE, *s'il est* LIGE, *et réciproquement le déclarant* LIGE, *s'il était trouvé* AMPLE; *comme ne pourront aussi faire les seigneurs et héritiers dudit fief impuissans d'aliéner; et en tel cas, les titres plus anciens seront préférés.*

» Voilà tout ce que disent les chartes générales; elles ne définissent ni le *fief lige* ni le *fief ample*.

» Sans doute elles entendent par *fief lige*, ou, ce qui est la même chose, par fief emportant obligation étroite, le fief qui doit l'*hommage lige*; et conséquemment par *fief ample*, ou, ce qui est la même chose, par fief d'obligation plus large, le fief qui n'est pas *fief lige*, le fief qui n'oblige pas à l'*hommage lige* le vassal entre les mains duquel il se trouve.

» Mais en quoi différaient, par le droit commun, le fief et l'hommage lige d'avec le fief et l'hommage non lige? On ferait un gros volume de tout ce que les feudistes ont écrit là-dessus.

» Suivant les uns, le *fief lige* ne différait du *fief non lige* qu'en ce que le premier obligeait le vassal à faire personnellement le service militaire pour le compte de son suzerain, au lieu que le second ne l'astreignait à ce service que par procureur. Ainsi pensent Chantereau-Lefebvre, cité par le cit. Henrion, dans son *Analyse du Traité des fiefs de Dumoulin*, page 39, et Hervé, dans sa *Théorie des matières féodales*, tome 1er, page 363. Suivant d'autres, au contraire, le fief lige était celui dont le possesseur était, par son investiture, tenu d'aider et assister le suzerain, tant à la guerre que dans sa cour, *envers et contre tous*; et le fief non lige, celui dont la possession n'entraînait pas les mêmes assujétissemens. Et nous voyons, par le *Thesaurus juris feudalis* d'Ienichen, imprimé à Francfort en 1750, tome 1er, page 114, que telle est l'acception qu'ont encore ces mots en Allemagne : *ligium feudum est, in quo vassallus domino fidelitatem contrà omnes sine exceptione promittit; contrà, non ligium feudum erit, quandò vassallus non indistinctè, sed hoc vel illo excepto, ad fidelitatem domino præstandam se obligat.*

» Une chose, au surplus, très-remarquable, c'est que le président Boulé, dans son *Institution au droit coutumier de Hainaut*, pages 84 et 87, ne fait consister la différence entre le fief *ample* et le fief *lige*, qu'en ce que le premier doit seulement, pour relief, un droit de *cambrelage*, fixé par l'art. 6 du chap. 37 des chartes générales, à la modique somme de 32 *patars* ou 40 sous; au lieu que le second doit, en outre, à la mort du vassal, le *cheval d'armes* et les *armures* du défunt, telles qu'elles sont décrites par les chartes générales, chap. 100, art. 1er.

» Mais, ce qui est encore bien plus décisif, c'est que les feudistes allemands s'accordent tous à dire qu'un fief non lige ne doit point, par cela seul, être réputé fief d'oblation; et leur doctrine mérite, à cet égard, d'autant plus de considération dans le ci-devant Hainaut, que cette contrée a formé très-longtemps, et jusque dans le quatorzième siècle, un fief immédiat de l'empire germanique, ainsi que le prouvent différentes chartes rapportées dans les *Annales du Hainaut*, par Vinchant; dans l'*Histoire du Hainaut*, par le père Delevarde; dans l'*Histoire de Mons*, par de Boussut; dans l'*Histoire de Valenciennes*, par Doutreman (1).

» Voici, au surplus, comment s'explique Hertius, dans son Traité *de feudis oblatis*, page 365 du tome 1er de ses œuvres, imprimées à Francfort en 1737. Après avoir défini le fief d'oblation, *feudi species ubi quis rem quam de suo alteri obtulit, ab hoc, velut domino, ex pacto receptam, in posterum ipse heresque ejus sub feudali nexu tenet*; il ajoute que ces sortes de fiefs sont susceptibles des même divisions que les fiefs de concession qu'il appelle *feuda data*. Il retrace plusieurs de ces divisions, et il continue ainsi : *prætereà quædam ligia sunt, quædam talia non sunt*. Car, dit-il encore, Dumoulin n'a avancé qu'une fable, quand, sur l'art. 1er du tit. 7 de la coutume de Paris, il a assuré qu'en Allemagne, le fief d'oblation était toujours considéré comme fief simple, et que le fief de concession l'était toujours comme fief lige. Ce qui prouve que Dumoulin s'est trompé, c'est qu'il existe un grand nombre d'exemples de fiefs liges qui sont en même temps fiefs d'oblation : *Nam fabulosum est quod Molinæus annotavit, germanos, cùm quis allodialia offert domino, ut ipse ea feudario jure recognoscat, feudum simplex et voluntarium, sin autem dominus de suo largiatur, feudum ligium vocare; quandòquidem non pauca exempla etiam oblatis feudis ligios homines constitutos docent*. Hertius justifie son assertion par des chartes de 1163, 1199, 1204, 1220,

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Hainaut*, §. 1.

Digitized by Google

1270, 1308 et 1371, dans lesquelles on voit des possesseurs de francs-alleus en faire hommage à des seigneurs pour les tenir d'eux en fiefs liges.

» Nous trouvons la même doctrine dans le *Thesaurus juris feudalis* d'Ienichen, tome 2, page 966. Quelques-uns, y est-il dit (et c'est sans doute à Dumoulin que l'on fait allusion), pensent qu'il n'y a que les fiefs de concession qui puissent être liges : *quidam, præter vinculum quo soli est obstrictus domino vassallus, adhùc necessariò requirunt ut dominus feudum de suo concedat :* mais cette opinion est évidemment fausse ; il n'y a aucune espèce de raison pour que les fiefs d'oblation ne puissent pas être liges, tout aussi bien que les fiefs de concession; et, dans le fait, la chose est prouvée par un grand nombre d'exemples : *hujus autem opinionis falsitas vel ex eo apparet quòd nulla planè ratio subest cur feuda oblata non æquè ligia esse ac data possint ; prout pluribus constat exemplis.*

» Mais voici un autre argument que vous propose le cit. Thobois, et qui nous paraît mériter une grande attention. C'est celui qu'il fait résulter de la circonstance que, parmi les fonds soumis à son droit de Terrage, il s'en trouve une partie qui n'a jamais relevé de la seigneurie de Rieux, mais bien de celle de Villers-Cauchi en Hainaut, et de celles de Cagnoncle et d'Avesnes-les-Aubert en Cambresis.

» Il paraît impossible, en effet, de ne pas inférer de cette circonstance, que le droit de terrage réclamé par le cit. Thobois, n'a jamais été payé en reconnaissance d'une seigneurie directe, et conséquemment qu'il n'a jamais été seigneurial, même dans le territoire de Rieux.

» Pour qu'il fût seigneurial dans le territoire de Rieux, il faudrait qu'il le fût également dans ceux de Villers-Cauchi, de Cagnoncle et d'Avesnes-les-Aubert; car, quoique sous deux dénominations différentes, c'est le même, absolument le même droit qui, jusqu'en 1799, s'est perçu dans ces trois territoires : et c'est tellement le même, qu'il ne formait dans ces trois territoires qu'un seul fief; celà est prouvé par le dénombrement de 1754.

» Or, comment le seigneur de Rieux aurait-il pu posséder originairement, dans des territoires étrangers et sur des fonds qui ne relevaient de lui sous aucun rapport, un Terrage récognitif de seigneurie ?

» Pour qu'un Terrage soit récognitif de seigneurie, il faut qu'il ait été constitué au moment même de la concession que le seigneur a faite d'une partie du gros de son fief ; il faut par conséquent que le seigneur ait, avant cette concession, possédé comme portion intégrante de son fief, les fonds sur lesquels il s'est réservé un droit de Terrage.

» Si donc un seigneur jouit d'un Terrage sur des fonds qui n'ont jamais fait partie du gros de son fief, très certainement ce Terrage n'est pas, dans sa main, un droit seigneurial; et s'il l'aliène, ce ne sera pas comme droit seigneurial, ce sera comme droit purement foncier, que ses concessionnaires le posséderont; car il ne peut pas, en le leur transmettant, en changer la nature.

» Eh bien ! Conçoit-on comment le seigneur de Rieux aurait anciennement pu posséder comme portion intégrante du gros de son fief, les fonds qui, dans les territoires de Villers-Cauchi, d'Avesnes-les-Aubert et de Cagnoncle, ont été, jusqu'en 1792, assujétis à un droit de Terrage, soit envers lui, soit envers les particuliers en faveur desquels il avait disposé de ce droit? Il n'a jamais été seigneur d'aucun de ces trois territoires; il n'a jamais eu, dans aucun de ces trois territoires, ni fief, ni justice, ni ombre de seigneurie quelconque : il n'a donc jamais pu inféoder ni acenser un seul pouce de terre dans ces territoires : il n'a donc jamais pu y créer à son profit un Terrage seigneurial.

» Peut-être dira-t-on qu'il l'aurait pu à Villers-Cauchi, parceque cette commune dépendant du Hainaut, il aurait pu, en sa qualité de comte de Hainaut et par droit de souveraineté, retirer à soi la mouvance immédiate des fonds qu'il pouvait posséder à Villers-Cauchi, les rattacher à sa seigneurie de Rieux, et ensuite les inféoder ou acenser, moyennant un Terrage, avec les autres fonds de cette seigneurie.

» Nous n'examinerons pas jusqu'à quel point cette opération eût été légalement possible. Mais une chose bien certaine, c'est qu'elle aurait été de toute impossibilité relativement aux fonds que le seigneur eût possédés à Cagnoncle et à Avesnes-les-Aubert : pourquoi ? Parceque Cagnoncle et Avesnes-les-Aubert n'étaient pas seulement étrangers à la seigneurie de Rieux, mais qu'ils l'étaient encore à la souveraineté du Hainaut. Nous l'avons déjà dit, Cagnoncle et Avesnes-les-Aubert sont de la ci-devant province de Cambresis, et jamais la ci-devant province de Cambresis n'a reconnu la souveraineté des comtes de Hainaut. Le seigneur de Rieux n'aurait donc pas pu, même comme souverain du Hainaut, inféoder ou acenser des fonds

Digitized by Google

de terre situés à Avesnes-les-Aubert et à Cagnoncle; il n'aurait donc pas pu concéder ces fonds à la charge d'un champart seigneurial. Le champart qu'il y a longtemps possédé et qu'il a ensuite transmis à la famille Thobois, n'a donc jamais été récognitif de sa seigneurie; et encore une fois, si ce n'était pas en reconnaissance de sa seigneurie qu'on lui payait le champart à Cagnoncle et à Avesnes-les-Aubert, ce n'était pas non plus en reconnaissance de sa seigneurie qu'on le lui payait à Rieux, puisque le champart de Rieux ne formait, dans la famille Thobois, qu'un seul et même fief avec le champart d'Avesnes-les-Aubert et celui de Cagnoncle.

» Mais, dira-t-on, si ce n'est pas par inféodation ou acensement que le seigneur de Rieux s'était primitivement réservé ce Terrage, si ce Terrage n'existait primitivement dans sa main que comme un droit foncier, comment a-t-il pu ensuite le convertir en fief et le concéder comme *fief ample* à des particuliers? La chose n'est pas difficile à expliquer.

» Déjà nous avons parlé des fiefs d'*oblation;* et ce que nous en avons dit, va donner la clef du problème qu'il s'agit ici de résoudre.

» Sans contredit, pour créer un fief *par tradition,* il fallait posséder comme seigneur, le fonds même qui en devenait la matière; ou, en d'autres termes, il fallait posséder ce fonds noblement.

» Mais il n'en était pas de même, quand il ne s'agissait que de créer un fief *par oblation;* on pouvait, par cette voie, donner le caractère de fief à un bien situé, à un droit perçu, dans une seigneurie étrangère; et voici comment.

» Le propriétaire d'un héritage, d'un droit foncier, d'un Terrage, par exemple, voulait, dans ces temps à demi-barbares où les lois civiles étaient sans force, et où l'on ne reconnaissait de puissance que celle qui dérivait de l'ordre féodal, se faire un protecteur, se procurer un patron qui pût le défendre contre l'oppression dont il était sans cesse menacé. Que faisait-il pour y parvenir? Il allait trouver un seigneur voisin, et lui disait: voilà un héritage, un droit foncier, un champart dont je jouis dans tel territoire; je viens vous en faire hommage, rendez-le moi pour le tenir de vous en fief; et par ce moyen, je serai votre vassal. Sa proposition acceptée, son héritage, son champart changeait de nature dans ses mains: il le possédait désormais comme fief; mais ce n'était qu'un fief *offert*, qu'un fief purement passif de lui à son seigneur d'adoption; et le nouveau vassal n'acquérait par là aucun droit de féodalité ni de seigneurie sur les fonds assujétis à son champart.

» Ce que l'on faisait ainsi pour un héritage qui était situé, pour un droit foncier qui se percevait, dans un territoire étranger, on pouvait le faire également pour un héritage qui était situé, pour un droit foncier que l'on percevait, dans le territoire même du seigneur à qui l'on s'attachait de cette manière; et c'est ce qui explique pourquoi, dans notre espèce, le terrage de Cagnoncle et d'Avesnes-les-Aubert ne formait qu'un fief avec le terrage de Rieux: c'est que le propriétaire de l'un et de l'autre les possédant comme redevance purement foncière, a fait hommage de l'un et de l'autre simultanément au comte de Hainaut, qui les lui a rendus à titre de fief d'oblation.

» C'est ce qui explique encore pourquoi ce fief n'était pas *lige*, mais *ample*. Nous avons déjà observé que la qualité de fief non *lige*, ou, ce qui est la même chose, de fief *ample*, n'emportait pas nécessairement l'idée d'un fief d'oblation; mais c'est ici le lieu d'ajouter que les fiefs d'oblation n'étaient jamais *liges*, qu'ils étaient toujours *amples* dans le sens des chartes du Hainaut, c'est-à-dire, non *liges* ou simples, quand ils avaient pour objet des biens situés ou des droits exercés dans une seigneurie étrangère à celle du seigneur d'adoption. Alors, en effet, ils formaient ce que les feudistes allemands appellent *feuda extrà curtem*, des fiefs dont la matière était située hors de la *cour*, juridiction ou territoire du seigneur; et nous lisons dans Gœbel, *de feudis extrà curtem* (1), section 2, qu'un fief *extrà curtem* ne peut jamais être lige, parce que le seigneur du territoire où est située la chose possédée à ce titre, est toujours excepté de la promesse que fait le vassal à son seigneur d'adoption, de le servir fidèlement envers et contre tous: *Feudum extrà curtem*, dit ce jurisconsulte, *retinet integram feudi naturam; ligium tamen esse nequit, quòd dominus territorialis in promissione fidelitatis contrà omnes et singulos semper exceptus est.* Gribner enseigne la même chose dans sa dissertation *de dominio directo in territorio alieno* (2), §. 6: *utrùm proprium sit feudum*, dit-il, *quod extrà curtem est, an improprium, controversia videtur non magnæ utilitatis... Varium et multiplex esse potest, non tamen*

(1) Cet ouvrage se trouve dans le *Thesaurus juris feudalis* d'Ienichen, tome 2.

(2) *Ibid.*

Digitized by Google

ligium : in hoc enim territorii dominus semper est exceptus.

» Ce n'est pas tout. Dans ce que nous venons de dire, se trouve encore l'explication d'un point fort important dans la cause actuelle, celui de savoir pourquoi le Terrage du cit. Thobois était tenu en fief, non de la seigneurie de Rieux, mais du comté de Hainaut. On sent, en effet, que le propriétaire de ce Terrage, qui le premier a eu l'idée d'en faire un *fief d'oblation*, a dû, dans le choix d'un protecteur adoptif, opter de préférence pour le plus puissant. Peut-être alors la seigneurie de Rieux n'était-elle pas encore réunie patrimonialement au comté de Hainaut; mais supposé qu'elle le fût déjà, le terrageur avait intérêt de s'attacher plutôt au comte de Hainaut, considéré comme tel, qu'au seigneur de Rieux, comte de Hainaut. Le comte de Hainaut pouvait aliéner sa seigneurie de Rieux, il pouvait même, suivant la disposition expresse de l'art. 7 du chap. 107 des chartes générales, qui ne sont que l'expression de l'ancien droit du pays, il pouvait même la perdre par une prescription de quarante ans : et dans l'un comme dans l'autre cas, le terrageur n'aurait plus trouvé dans le seigneur de Rieux, un suzerain assez puissant pour le protéger d'une manière efficace. Il était donc bien naturel qu'il fit hommage de son champart, non au seigneur de Rieux, mais au comte de Hainaut.

» Par là encore, se trouve expliquée, en faveur du cit. Thobois, la circonstance qui a le plus influé sur le jugement dont il se plaint: nous voulons parler de la part qu'avait anciennement le seigneur de Rieux dans le terrage en litige : c'est que, postérieurement à l'hommage primitivement fait de ce droit au comte de Hainaut, le champarteur en aura aliéné une portion au profit du seigneur de Rieux; c'est, si l'on veut, que, depuis cette époque, le Terrage tenu en fief du comte de Hainaut, aura souffert un démembrement par le partage qui s'en sera fait entre les héritiers d'un précédent possesseur, et que la portion de l'un de ces héritiers aura passé au seigneur de Rieux, soit par vente, soit par déshérence ou confiscation.

» Mais expliquerons-nous également, dans ce système *d'oblation*, comment le seigneur de Rieux pouvait être lui-même assujéti, sur ses propres terres, au champart que ses coterrageurs tenaient en fief du comte de Hainaut? Oui, et rien de plus facile.

» De deux choses l'une : ou le seigneur de Rieux possédait déjà, avant l'oblation, les terres qui depuis ont été, dans sa main, soumises au champart, ou il ne les possédait pas encore. S'il les possédait déjà, ni l'oblation faite par son co-champarteur au comte de Hainaut, ni l'inféodation qui s'en est ensuivie, n'ont dû affranchir ses terres de la redevance dont elles étaient précédemment chargées. S'il ne les possédait pas encore à cette époque, nécessairement il les a acquises depuis; et l'on sent bien qu'il n'a pu les acquérir qu'avec leurs charges.

» Tout s'accorde donc parfaitement avec l'idée que le champart dont il s'agit, n'est devenu fief que par *oblation*; et cette idée n'est pas une supposition hasardée, c'est la conséquence directe et nécessaire de la circonstance que le champart dont il s'agit, s'est toujours perçu dans deux communes indépendantes, non seulement de la seigneurie de Rieux, mais même du comté de Hainaut, dans deux communes où le seigneur de Rieux n'a jamais eu l'ombre de seigneurie, dans deux communes où le comte de Hainaut n'a jamais exercé, comme tel, le moindre droit de souveraineté.

» Or, nous l'avons déjà dit, et c'est une vérité trop constante, trop palpable, pour qu'il soit nécessaire d'y insister : si ce champart n'a jamais été qu'un fief d'oblation, il n'a jamais été seigneurial envers les redevables; et dès-là, non seulement le tribunal d'appel de Douai a faussement appliqué l'art. 5 de la loi du 25 août 1792, qui ne supprime que les champarts seigneuriaux, mais il a encore violé, et l'art. 17 de la même loi, et l'art. 2 de la loi du 17 juillet 1793, qui maintiennent expressément toutes les redevances purement foncières.

» Nous estimons, en conséquence, qu'il y a lieu de casser et annuler le jugement dont il s'agit ».

Par arrêt du 17 floréal an 12, au rapport de M. Rousseau,

« Vu l'art. 5 et l'art. 17 de la loi du 25 août 1792;

» Attendu que, s'il est des cas où le Terrage ou le champart possédé par le seigneur direct des fonds qui y sont assujétis, est réputé seigneurial, il est au moins certain que, dans les mains d'un particulier non seigneur, il est, par le droit commun, considéré comme une prestation purement foncière et non-seigneuriale, si le contraire n'est pas prouvé par titre ou établi par le statut local;

» Attendu que la coutume du Hainaut, loin de déroger à cet égard au droit commun, regarde le Terrage comme *matière de propriété* (art. 3 du chap. 9); qu'il résulte des disposi-

Digitized by Google

tions de cette coutume, qu'il est sujet à prescription, et que les droits seigneuriaux sont imprescriptibles; d'où il suit qu'en général, le Terrage y est considéré comme un droit foncier;

» Attendu que les lois nouvelles n'ont point détruit cette présomption; qu'en supprimant le Terrage seigneurial, elles ont expressément conservé celui de nature foncière; que l'art. 17 de la loi ci-dessus citée excepte formellement le champart qui ne tient point à la féodalité, et qui est dû par des particuliers à des particuliers non-seigneurs ou possesseurs de fiefs; que, dans l'espèce, c'est un particulier qui demande à un autre particulier, non-relevant de lui, un droit de Terrage;

» Qu'à la vérité, le ci-devant seigneur de Rieux, l'un des territoires dans lesquels ce droit a été constamment perçu jusqu'en 1792, en possédait lui-même une quotité, concurremment avec le cit. Thobois et d'autres particuliers; mais qu'on ne peut inférer de là que la totalité du droit ait été originairement seigneuriale; qu'en effet, ce droit n'aurait pu être seigneurial que dans la double supposition qu'il aurait été constitué pour prix de la concession des fonds qui y étaient assujétis, et que ces fonds eussent fait, avant cette concession, partie du gros fief de Rieux; qu'il est impossible que de ces deux conditions, la seconde se rencontre ici, puisque les fonds sujets au droit, ne relevaient pas tous de la seigneurie de Rieux, mais qu'il en relevait une portion considérable, tant de la seigneurie de Villers-Cauchi, située en Hainaut comme celle de Rieux, mais absolument indépendante de cette dernière, que de celles de Cagnoncle et d'Avesnes-les-Aubert, situées dans le ci-devant Cambresis, *contrée qui, avant les conquêtes de Louis XIV* (1), reconnaissait un autre souverain, et à plus forte raison, un autre ordre de suzeraineté que le ci-devant Hainaut;

» Qu'ainsi, les fonds assujétis au droit de Terrage dont il s'agit, ne pouvaient pas appartenir au gros du fief de Rieux, avant la concession qui a pu en être faite pour prix de ce droit; que, dès-lors, on doit nécessairement présumer que, s'ils ont été concédés pour prix de ce droit, ils l'ont été par bail à rente foncière; que cette présomption légale n'est pas effacée par la circonstance que le demandeur tenait ce droit en fief du Roi, parceque cette tenure féodale, relativement au Roi, n'emportait aucune seigneurie du demandeur sur les possesseurs qui devaient le Terrage, et dont il est constant que les fonds relevaient de différens seigneurs; que ce n'est que passivement que le demandeur tenait en fief le Terrage, comme il aurait tenu tous autres fonds ou droits immobiliers; que, lorsque l'art. 17 de la loi du 25 août 1792 parle des possesseurs de fiefs, il ne peut s'entendre sainement que des possesseurs de fiefs dominans, et non des propriétaires de fiefs servans;

» Qu'il suit de là et des motifs ci-dessus, que le tribunal d'appel a contrevenu à l'art. 17 ci-devant rapporté, dont il a fait une fausse application, et a en même temps contrevenu à l'art. 5 de la même loi, qui ne supprime que le Terrage de nature féodale;

» La cour casse et annulle ».

TERRES VAINES ET VAGUES. *V.* l'article *Vacans.*

TERRIER. *La loi du 9 septembre 1792 prive-t-elle de leurs actions contre les ci-devant seigneurs, les feudistes qui, sous le régime féodal, avaient traité avec eux pour le renouvellement de leurs Terriers?*

V. le plaidoyer du 7 frimaire an 12, rapporté à l'article *Notaire*, §.

TESTAMENT. §. I. 1° *Avant le Code civil, à quel âge pouvait-on tester dans la coutume du chef-lieu de Valenciennes?*

2° *Le Testament par lequel, sous le Code civil, un mineur, âgé de plus de 16 ans, a disposé de tout ce dont la loi lui accordait la disposition, confère-t-il au légataire, lorsque le testateur est décédé en majorité, tous les biens dont celui-ci aurait pu disposer à cette époque?*

I. Sur la première question, j'ai établi, dans la première edition du *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Testament*, sect. 1, § 1, art. 3, n° 3, que l'on devait suivre dans la coutume du chef-lieu de Valenciennes les dispositions du droit écrit; et qu'en conséquence, on pouvait y tester, dès qu'on avait atteint l'âge de puberté, fixé par les lois à quatorze ans pour les mâles, et à douze ans pour les filles.

Mais j'ai indiqué, au même endroit, deux arrêts du parlement de Douai, des 9 juillet 1762 et 21 mars 1763, que l'on citait en faveur de l'opinion contraire, en avertissant

(1) Sur ces termes, *avant les conquêtes de Louis XIV*, *V.* la note qui se trouve au commencement des conclusions qui ont précédé cet arrêt.

Digitized by Google

que je ne connaissais pas bien l'espèce du second.

Depuis, je me suis assuré qu'il n'avait pas jugé la question, et que les juges s'étaient déterminés par ce dilemme : « ou l'on doit suivre ici les chartes générales du Hainaut, ou » il faut s'attacher à la coutume de Valenciennes. Au premier cas, le Testament est » nul, parceque le testateur n'avait pas l'âge » requis : au second, ses dispositions n'en » seront pas plus valables, puisqu'il était » soumis à la puissance paternelle, et par » conséquent incapable de tester ». Cette manière de raisonner ne faisait, comme l'on voit, qu'éluder la difficulté : ainsi, l'arrêt dont il s'agit, n'a rien jugé de positif.

Depuis encore, le conseil souverain de Mons, c'est-à-dire, le tribunal qui devait être le plus fortement prévenu en faveur des dispositions des chartes générales du Hainaut, a jugé que, dans le chef-lieu de Valenciennes, il ne fallait pas avoir atteint l'âge de dix-huit ans pour tester. C'est ce que m'a annoncé dans le temps, le jurisconsulte même qui avait fait rendre cet arrêt : pour qu'on ne se méprenne point sur les faits, je conserverai ici les propres termes dans lesquels il a bien voulu m'en faire part :

« En ouvrant le tome 17 de l'édition in-4° de votre ouvrage, au mot *Testament*, page 106, note 2, je vois avec satisfaction le parti que vous embrassez relativement à l'âge auquel on peut tester dans la coutume de Valenciennes. Voici un arrêt du conseil souverain du Hainaut qui vous y confirmera davantage.

» Le 13 juin 1780, Marie-Agnès Ruse, fille à marier, sans père ni mère, demeurant au village d'Obigies, chef-lieu de Valenciennes, fit son Testament, selon la forme prescrite par les lois de ce pays, par lequel elle disposait seulement de quelques immeubles en faveur de Marie-Rose Drouillon : elle mourut vers la fin de juillet de la même année, âgée de dix-sept ans et quelques mois.

» Le 14 janvier 1782, Jean Portois, à titre de Marie Frémont, sa femme, tante maternelle de la testatrice, présenta requête au conseil souverain de Mons, et conclut à la nullité du testament. Ses moyens étaient que la coutume de Valenciennes, art. 26, défend l'aliénation de leurs biens aux mineurs de vingt ans; qu'elle ne prescrit point l'âge pour tester; mais qu'à son défaut, on doit suivre l'art. 2 du chap. 32 des chartes du Hainaut, qui requiert dix-huit ans.

» M'étant chargé de défendre la Drouillon, je soutenais que le droit romain était la loi qu'on devait suivre, au défaut de la coutume de Valenciennes, dans les matières dont traite cette coutume, et nommément celle des Testamens, si disparate des règles contenues à cet égard dans la coutume générale; que l'homologation de la coutume de Valenciennes, de 1540, disait *que, s'il advenait aucun cas qui ne fussent comprins èsdictes coustumes et usaiges, ou que par iceuls ils ne se puissent décider ou déterminer, que on se règle selon la disposition du droit escript....., et que l'interprétation s'en fasse selon le droit escript et non autrement.*

» Au premier moyen, le demandeur opposait la règle 3 de Challine et les raisons qui y sont détaillées.

» Enfin, par arrêt du 7 juin 1783, il fut débouté de ses fins et conclusions avec dépens ».

II. La seconde question, déjà jugée pour la négative par un arrêt de la cour de cassation, du 30 août 1820, dont je crois avoir complétement justifié la décision dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Testament*, sect. 1, §. 6, n° 1, l'a encore été depuis dans le même sens, par la cour supérieure de justice de Bruxelles, au sujet d'un Testament par lequel Ferdinand de la Barre, âgé de plus de 16 ans, mais mineur de vingt et un, avait légué à sa mère, tout ce *dont la loi lui permettait et lui permettrait de disposer.*

Le testateur étant mort en majorité, il s'est agi, pour déterminer les droits qui appartenaient dans sa succession, à un enfant naturel qu'il avait reconnu légalement, de savoir quel était l'effet du legs universel dont il avait gratifié sa mère.

La dame de la Barre a prétendu que son fils étant décédé majeur, son Testament, quoique fait en minorité, devait avoir le même résultat que s'il eût été fait en majorité.

Mais ce système a été rejeté par le tribunal de première instance de Bruxelles; et sur l'appel, le jugement de ce tribunal a été confirmé par arrêt du 27 juillet 1827,

« Attendu que le Testament de feu Ferdinand de la Barre, dont s'agit, a été fait dans le temps que ledit testateur était âgé de plus de seize ans, mais encore mineur;

» Que, par suite de la disposition législative contenue dans l'art. 904 du Code déjà cité, il n'a pu disposer, par son Testament susdit, que de la moitié de ce dont il aurait pu disposer étant majeur;

» Que la disposition susmentionnée de l'art. 904 a eu évidemment en vue la personne du mineur, et non les biens;

» Que cela paraît incontestable, si l'on considère que le motif qui a déterminé le lé-

Digitized by Google

gislateur à faire cette disposition, se trouve dans la personne et non dans les biens;

» Que la disposition dudit art. 904 n'est, en définitif, autre chose qu'une partie de celle qui se présente dans l'art. 903, qui précède;

» Enfin, que l'art. 904 se trouve, non au chapitre où la loi traite de la quotité des biens dont on peut disposer, mais bien au chapitre qui porte pour rubrique, *de la capacité de disposer*, et où l'on traite uniquement de la capacité qui concerne la personne;

» Que la simple circonstance que feu Ferdinand de la Barre était déjà devenu majeur lorsqu'il est décédé, ne peut donner au Testament un effet opérant sur la disposition en son entier; parceque, ainsi que le porte la loi 201, D. DE REGULIS JURIS : *Omnia quæ ex Testamento proficiscuntur, ità statum eventûs capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint;* ou comme la loi 1, D. DE REGULA CATONIANA, *quod si Testamenti facti tempore decessit testator, inutile foret, id legatum quandocunque decesserit, non valere* (1) ».

La dame de la Barre s'est pourvue en cassation contre cet arrêt, devant deux des chambres de la même cour qui n'y avaient pris part, suivant la forme provisoirement établie dans le royaume des Pays-Bas, mais inutilement. Par arrêt du 3 janvier 1829,

« Attendu que la loi règle et limite sous deux rapports la faculté de disposer de sa succession par acte de dernière volonté, savoir, 1° quant à la capacité des personnes, nécessaire pour tester ou recevoir par Testament, et 2° quant aux biens dont on peut disposer; que le chap. 2 comprend spécialement les règles relatives au premier point, tandis que celles relatives au second sont l'objet spécial du chap. 3, tit. 2, du Code civil; qu'ainsi, le chap. 2 est borné au statut personnel, et le 3e au statut réel;

» Attendu que l'art. 904 de ce Code n'est qu'une suite nécessaire de l'art. 903, puisqu'il a pour but de modifier, à l'égard du mineur parvenu à l'âge de seize ans, l'incapacité absolue de tester établie par l'art. 903, en lui permettant, au moyen de la capacité incomplette qu'il lui accorde, la faculté de disposer d'une partie de sa succession par Testament;

» Attendu que la disposition de l'art. 904 n'a pour objet que la capacité personnelle et l'intérêt du mineur, et ne peut aucunement être assimilée à la faculté de disposer librement d'une certaine portion de ses biens en faveur de quelques personnes, parceque le premier cas se trouve limité *ratione ætatis*, et par suite appartient nécessairement au statut personnel, tandis que le deuxième appartient au statut réel, et qu'il ne peut jamais y avoir concours de ces deux statuts;

» Attendu que, d'après ce qui précède, les effets du Testament que le mineur peut faire, étant limités en raison de sa capacité incomplette, ne peuvent être étendus, sous le prétexte qu'ayant depuis atteint sa majorité, il aurait pu disposer par Testament de l'intégralité de sa succession; parceque le Testament qu'il avait fait antérieurement et dont les effets étaient limités en raison de la capacité incomplette du testateur, ne peut en produire d'autres que ceux que la loi lui attribuait à l'époque de sa confection;

» Attendu que de tout ce qui précède, il suit que l'arrêt attaqué a donné une juste interprétation des art. 903 et 904 du Code civil; que, par suite, il a fait une juste application de ce dernier article, ainsi que des art. 756 et 757;

» Par ces motifs, la cour, ouï le rapport de M. le conseiller Domis et M. l'avocat-général Spruyt, en son avis conforme, rejette le pourvoi... (1) ».

§. II. *Avant le Code civil, un pubère non émancipé pouvait-il tester dans la coutume du chef-lieu de Valenciennes?*

J'ai soutenu la négative dans le *Répertoire de jurisprudence*, à l'endroit déjà cité, §. 2.

Je dois ajouter que cette opinion est singulièrement fortifiée par le dilemme qui a déterminé l'arrêt du 21 mars 1763, rapporté au n° 1er du paragraphe précédent; car il en résulte évidemment que le parlement de Douai n'a pas alors douté que les fils de famille ne fussent inhabiles à tester dans la coutume de Valenciennes.

Il y a mieux : j'ai appris depuis que, le 7 mai 1779, le conseil provincial de Tournai avait déclaré nul un Testament fait par une fille non-émancipée, qui avait son domicile et ses biens dans la partie autrichienne du chef-lieu de Valenciennes. Il est vrai que, dans cette espèce, la testatrice n'avait que douze ans accomplis; mais cette circonstance n'a dû influer en rien sur le jugement, puisque, comme on l'a vu dans le paragraphe pré-

(1) Jurisprudence de la cour supérieure de justice de Bruxelles, année 1828, tome 1er, page 328.

(1) Jurisprudence de la cour supérieure de justice de Bruxelles, année 1829, tome 1er, page 461.

Digitized by Google

cédent, une fille pouvait alors tester à cet âge, dans la coutume dont il s'agit. Aussi MM. Moreau, Crendal de Dainville et d'Epinoy, anciens avocats à Valenciennes, ne s'étaient-ils point arrêtés à cette particularité, dans la consultation qu'ils avaient donnée sur le Testament dont il était question : ils avaient estimé qu'on ne pouvait pas opposer à cet acte, le défaut d'âge de la testatrice.

§. III. 1° *Pouvait-on et devait-on, avant le Code civil, être admis, dans tous les cas, à prouver par témoins qu'un testateur dont l'interdiction n'avait été ni prononcée ni même poursuivie, était en démence, lorsqu'il avait fait son Testament?*

2° *Le peut-on aujourd'hui?*

3° *Pour être admis à prouver que le testateur était en démence, est-il nécessaire de s'inscrire en faux contre l'assertion du notaire qu'il a trouvé le testateur sain d'esprit?*

4° *Le suicide forme-t-il par lui-même une preuve ou une présomption suffisante d'aliénation d'esprit, et doit-on, en conséquence, annuler comme fait en état de démence, le Testament qui, de la part de son auteur, a été immédiatement précédé d'une tentative de suicide, ou immédiatement suivi d'un suicide effectif?*

I. La première et la troisième de ces questions font la matière des conclusions suivantes, que j'ai données à l'audience de la cour de cassation, section des requêtes, le 22 nivôse an 9 :

« Les cit. Bysson et consorts vous demandent la cassation d'un jugement du tribunal civil du département de la Loire, du 27 thermidor an 7, qui leur a refusé la faculté indéfinie de prouver par témoins la démence du cit. Lagardette, avant la confection, au moment de la confection et depuis la confection de son Testament; et vous avez à examiner si, par ce refus, le tribunal civil de la Loire a violé, comme ils le prétendent, les dispositions des lois romaines qui forment le Code supplémentaire de son ressort.

» Sur cette question, il est un principe constant : c'est qu'un furieux, un insensé, un imbécille, ne peut pas tester. Qu'est-ce en effet qu'un Testament? C'est la déclaration des dernières volontés; mais celui qui n'a pas l'usage de sa raison, n'a point de volonté, ou n'en a qu'une fantasque et indigne des égards de la loi; il ne peut donc pas faire de Testament.

» Cette maxime n'est pas bornée aux personnes attaquées de fureur, de folie, de démence ou d'imbécillité; elle s'applique encore aux prodigues, parceque la loi les considère comme furieux quant à leurs biens, *furiosum bonorum suorum faciunt exitum.* Mais il y a entre les premiers et les seconds, une différence très-remaquable. Le furieux n'a pas besoin d'être interdit par le juge, pour perdre le droit de tester. Ce n'est pas l'autorité du magistrat, c'est la nature elle-même qui établit son incapacité; le juge ne fait que la déclarer, et elle existe, indépendamment de son ministère, dès le commencement de la démence. Il n'en est pas de même à l'égard du prodigue. Quoique la cause de son interdiction, dans l'esprit du droit romain encore observé parmi nous (1), soit tirée d'une sorte de raison naturelle qui ne souffre pas qu'on remette la destinée d'une famille entre les mains d'un homme qui n'a la propriété de son bien que pour la perdre, et qui n'en use que pour en abuser; cependant, comme cette raison ne peut pas, d'elle-même, produire une incapacité, il faut que l'autorité de la loi civile y intervienne; et tant que le prodigue n'a pas été frappé d'interdiction par le juge, il jouit de la liberté commune à tous les hommes.

» Cette différence, qui n'a pas besoin de preuve, est clairement marquée dans les §. 1 et 2 du titre des institutes, *quibus non est permissum facere testamentum.* Un furieux, dit Justinien, dès le moment qu'il est en cet état, ne peut pas plus tester qu'un impubère; l'un a perdu le jugement, l'autre ne l'a pas encore : *Testamentum facere non possunt impuberes, quia nullum eorum animi judicium est; item furiosi, quia mente carent.* Mais un prodigue ne perd ce pouvoir que du jour qu'on lui ôte l'administration de ses biens : *Prodigus cui bonorum suorum administratio interdicta est, Testamentum facere non potest; sed id quod antè fecerit quàm interdictio bonorum suorum ei fiat, ratum est.*

» Ainsi, en fait d'incapacité de tester, résultant du défaut de facultés intellectuelles, il faut bien distinguer entre le prodigue et le furieux. A l'égard du prodigue, si le Testament est antérieur à l'interdiction, il est valable : en vain demanderait-on à prouver que la cause de l'interdiction, c'est-à-dire, la prodigalité et le désordre des affaires, a pré-

(1) J'ai prouvé dans des conclusions du 6 juin 1810, rapportées à l'article *Prodigue*, que l'interdiction pour cause de prodigalité n'a été abolie que par le Code civil.

Digitized by Google

cédé le Testament; on n'y serait pas reçu, parceque, quand ces faits seraient vérifiés, le Testament n'en aurait pas moins tout son effet. Quelque certains qu'ils soient, ils peuvent bien servir de fondement à une interdiction, mais ils ne l'emportent pas de plein droit. Au contraire, lorsqu'il s'agit du Testament d'un furieux, quoiqu'il soit fait avant l'interdiction prononcée, on peut demander à faire preuve, même par témoins, que le testateur était attaqué de fureur, lorsqu'il a disposé; parceque, dans cette occasion, c'est le fait, c'est la démence, c'est la fureur même qui prononce, pour ainsi dire, l'interdiction.

» Tels sont, sur cette matière, les principes du droit romain. Sont-ils encore en vigueur parmi nous? Ne peut-on pas dire qu'ils étaient bons chez les Romains qui admettaient indistinctement la preuve testimoniale; mais que parmi nous il en doit être autrement, parceque nos lois s'opposent à ce qu'on affaiblisse l'autorité d'un acte par ce genre de preuve?

» Point du tout. Dans le Testament, comme dans les autres actes, il faut distinguer deux choses, l'intérieur de la disposition et la capacité de celui qui la fait. Sans doute, lorsqu'il ne s'agit que de l'acte, de la vérité de ce qu'il contient, des formes dont il est revêtu, il est de règle générale qu'on n'admet pas la preuve par témoins contre ce qui y est écrit, parcequ'il prouve lui-même et d'une manière authentique, tout ce qu'on a besoin de savoir à cet égard. Mais quand il est question de la capacité du testateur, l'acte ne la prouve pas, il la suppose seulement; et dès-lors, il faut bien qu'on en cherche la preuve hors de cet acte.

» En vain le notaire qui a reçu le Testament, déclare-t-il que le testateur lui a paru *sain d'entendement et d'esprit*. Le notaire est bien l'instrument, l'organe, l'interprète du testateur, mais il n'est pas juge de sa capacité; et comment pourrait-il l'être, lui qui ne voit le testateur qu'un moment? Pénétrerait-il en un instant dans le fond de son cœur et dans le secret de son ame? La folie et la sagesse sont également invisibles, si on les considère en elles-mêmes; elles ne se découvrent que par les paroles et les actions extérieures, et souvent ces actions sont suspendues pendant un intervalle beaucoup plus considérable qu'il ne faut pour faire un Testament. Telles sont les maximes qu'a professées le célèbre avocat-général d'Aguesseau, dans son plaidoyer du 10 juillet 1696, au sujet du Testament de l'abbé d'Orléans; et elles n'ont jamais été contredites par aucun jurisconsulte de poids (1).

» Aussi existe-t-il des arrêts sans nombre qui ont permis de faire preuve par témoins, que des testateurs avaient perdu la raison à l'époque de la confection de leurs Testamens, quoiqu'ils n'eussent été interdits qu'après.

» C'est donc par les seuls principes du droit romain que doit se décider ici la question de savoir si le tribunal civil de la Loire a pu refuser aux demandeurs la preuve par témoins qu'ils offraient de la démence du testateur *Lagardette*, avant, pendant et après la confection de son testament.

» Que ce genre de preuve soit admis par le droit romain, c'est ce qui ne peut être révoqué en doute : la démence est un fait, et tout fait, d'après le droit romain, peut être prouvé par témoins. Le tribunal civil de la Loire n'aurait donc pas violé le droit romain, en admettant la preuve offerte par les demandeurs; mais l'a-t-il violé en refusant cette preuve? De ce qu'il n'a pas fait ce que le droit romain l'autorisait à faire, s'ensuit-il qu'il a contrevenu aux dispositions de ce droit?

» Pour qu'une pareille conséquence fût juste, il faudrait que le droit romain ne se bornât pas à permettre la preuve de la démence; il faudrait qu'il obligât le juge de l'admettre, toutes les fois que le fait de la démence est articulé.

» Or, existe-t-il dans le droit romain des dispositions qui aillent jusques-là? Nous n'y trouvons que deux lois dans lesquelles il soit parlé de la preuve de la démence du testateur : ce sont la loi 27, D. *de conditionibus institutionum*, et la loi 5, C. *de codicillis*.

---

(1) On lit dans un arrêt de la cour de cassation, du 18 juin 1816, « qu'il est constant en droit que deux » choses essentielles sont à distinguer dans un Testa- » ment, la vérité de l'acte, et la capacité de celui qui » l'a fait; que la première est certaine, incontestable » et prouvée par l'acte même; qu'il n'en est pas ainsi » de la seconde; que l'acte suppose seulement la capa- » cité du testateur, et ne la prouve pas; que, pour » prétendre le contraire, il faudrait investir le notaire » d'une autorité que la loi ne lui a pas conférée, le » constituer juge de l'état et de la capacité du testa- » teur; que le tribunal de..., en déclarant inadmis- » sible la preuve offerte par les demandeurs, que la » testatrice était en démence et dans le délire lors- » qu'elle a fait son testament, et que l'inscription de » faux était la seule voie qui leur fût ouverte, a contre- » venu aux principes de droit de tout temps en vi- » gueur, et notamment à l'art. 901 du Code civil, » qui dispose que, pour faire un Testament, il faut » être sain d'esprit ». (*Jurisprudence de la cour de cassation*, tome 1817, page 159).

Digitized by Google

» Dans la première, nous voyons un Testament qui contenait une disposition absurde et extravagante : le testateur avait commandé à son héritier de jeter ses cendres dans la mer. On demande si l'héritier est obligé de remplir cette condition, et la loi répond qu'il faut commencer par examiner si le testateur jouissait de sa raison, quand il a imposé à son héritier une condition aussi bizarre; mais que, si l'héritier institué peut dissiper ce soupçon par des preuves évidentes, il doit être admis à la succession, sans que l'héritier *ab intestat* puisse la lui contester, et sans être tenu d'obéir à cette volonté absurde du testateur : *Hoc priùs inspiciendum est ne homo qui talem conditionem posuit, neque compos mentis esset; igitur si perspicuis rationibus hæc suspicio amoveri potest, nullo modo legitimus heres de hereditate controversiam facit scripto heredi.*

» Dans la seconde loi, au contraire, un père avait fait une disposition sage; son fils ne pouvait attaquer le Testament que par la démence dont il l'accusait; et la loi décide que c'est à lui à prouver ce fait : *Asseverationi tuæ mentis eum compotem fuisse negantis, fidem adesse probari convenit.*

» Voilà, nous le répétons, les deux seules lois romaines dans lesquelles il soit question de la preuve de la démence opposée à un Testament; et, comme vous le voyez, elles ne prononcent rien sur le point de savoir si le juge est tenu d'admettre cette preuve, toutes les fois qu'elle est offerte; elles règlent seulement par une distinction très-judicieuse, le cas où cette preuve, lorsqu'elle est admise, doit être à la charge de l'héritier institué, et le cas où elle doit être à la charge de l'héritier *ab intestat.*

» Ou le Testament contient des dispositions raisonnables, qui forment une présomption de la sagesse du testateur; et alors c'est à celui qui l'attaque, à prouver la démence qu'il allègue. Ou, au contraire, le Testament fait naître, par lui-même, des soupçons très-violens de faiblesse et d'égarement d'esprit; et en ce cas, c'est à l'heritier institué à soutenir son titre par la preuve de la sagesse du testateur.

» C'est à cette distinction que se réduisent toutes les dispositions expresses du droit romain sur la preuve de la démence en matière de Testament. Car des trois lois romaines que citent les demandeurs comme ayant été violées par le jugement qu'ils attaquent, il n'y en a pas une seule qui contienne un mot de ce qu'ils leur font dire, ni même qui ait le moindre rapport avec les Testamens impugnés du chef de démence.

» On ne peut donc pas dire que le droit romain impose aux juges l'obligation d'admettre la preuve par témoins, toutes les fois que le fait de la démence est articulé. Et c'est sur ce fondement que d'Aguesseau établissait, dans son plaidoyer déjà cité, du 10 juillet 1696, *que l'on ne doit pas faire* de l'admissibilité de cette preuve, *une maxime si générale, qu'on ne puisse jamais refuser la preuve par témoins* de la démence du testateur. *La contrariété qui se trouve sur ce point,* ajoutait-il, *dans la jurisprudence des arrêts, suffit pour établir la véritable maxime que l'on doit suivre dans la décision de ces questions. Il y en a qui l'admettent, et c'est assez pour montrer qu'en général la preuve est admissible. Il y en a qui la rejettent, et leur autorité fait voir qu'elle n'est pas toujours admissible.*

» Disons donc qu'il ne peut y avoir ni loi ni règle générale dans ces sortes de questions; que le sort des contestations de ce genre dépend toujours des faits particuliers à chaque espèce; et que les décisions judiciaires peuvent varier à chaque instant, sans que les principes changent.

» Et de là résulte une conséquence fort simple : c'est que jamais un jugement qui rejette la preuve par témoins de la démence d'un testateur, ne peut être de ce chef sujet à cassation, puisque jamais il ne peut être en opposition avec une loi expresse et impérative.

» Et bien loin que, dans notre espèce, il y ait lieu de casser le jugement du 27 thermidor an 7, pour avoir refusé la preuve offerte par les demandeurs, on pourrait, au contraire, soutenir avec une grande apparence de raison, que, s'il eût admis cette preuve, il y aurait nécessité de le casser.

» Il aurait en effet, dans cette hypothèse, contrevenu à la règle générale consignée dans le droit romain, et renouvelée par les lois françaises, que *contrà scriptum testimonium, testimonium non scriptum non admittitur :* car il existait au procès des preuves écrites et authentiques, des preuves solennelles et irréfragables, de la capacité du testateur, avant, pendant et depuis la confection de son Testament, puisqu'alors il était maire de la commune de Monistrol, qu'il exerçait publiquement les fonctions de cette place, qu'il les exerçait avec une intelligence égale à son zèle, et que tout cela est constaté par des délibérations du corps municipal, prises sous sa présidence, signées de lui comme de ses collègues, et dont une est même rédigée de sa propre main.

Digitized by Google

» Et ici s'applique naturellement ce que disait encore d'Aguesseau dans son plaidoyer du 10 juillet 1696 : *La sagesse ou la démence* (ce sont ses termes) *sont deux qualités de l'esprit aussi invisibles que l'esprit même ; et comme nous ne connaissons l'esprit des autres hommes, que par leurs paroles ou leurs actions extérieures, ce n'est aussi que par cette voie que l'on peut découvrir les dispositions de ce même esprit. Mais parmi ces actions, qui sont, pour ainsi dire, les signes naturels des affections de l'ame, il en est qui sont tellement personnelles, si attachées, si inhérentes, pour ainsi dire, si étroitement unies à la personne même, qu'il est impossible de supposer qu'elle les ait faites, sans reconnaître sa sagesse et sa capacité. Par exemple, qu'un magistrat ait rempli exactement tous les devoirs de la justice, qu'il ait exercé toutes les fonctions de la magistrature publiquement, sagement, continuellement : pourrait-on douter, en ce cas, qu'il n'eût eu assez de lumière et de jugement pour faire une dernière disposition; et admettrait-on la preuve par témoins contre une présomption aussi forte et aussi invincible que celle que nous proposons ? Il en serait de même de toute autre fonction publique faite dans le temps même du Testament ; la nature de ces fonctions ne permet pas que l'action de celui qui les remplit, puisse être suppléée par un ministère étranger.*

» Ainsi parlait d'Aguesseau, et il est inutile de vous faire observer avec quelle justesse sa doctrine s'applique à l'espèce actuelle. Il est évident que l'exercice public des fonctions de maire avant, pendant et depuis la confection du Testament, forme de la sagesse du testateur, une preuve littérale et solennelle, qui doit exclure toute preuve par témoins du contraire.

» Mais il se présente une objection assez sérieuse. Sans doute, peut-on dire, la preuve par témoins de la démence du testateur ne peut pas être admise contre des actes authentiques qui constatent le bon état de sa raison et de son entendement à l'époque où il a disposé. Mais du moins la preuve qui résulte des actes authentiques, peut être détruite par la confession de la partie intéressée; car les lois romaines donnent à la confession le même effet qu'à un jugement : *confessus pro judicato habetur*. Or, la veuve Lagardette a reconnu elle-même, et par une lettre du 22 avril, et par ses dires consignés au procès-verbal de l'assemblée de parens du 10 mai 1792, que son mari avait, dès les premiers jours du mois de mars précédent, manifesté des symptômes d'aliénation d'esprit. Donc, de l'aveu de la dame Lagardette elle-même, c'est-à-dire, de l'héritière instituée, le testateur ne jouissait plus de toute sa raison, soit lors du premier Testament qui est du 17 mars 1792, soit lors du second qui est du 6 avril de la même année. Donc, en confirmant, au mépris de cet aveu, les dispositions testamentaires de Lagardette, le jugement du tribunal civil de la Loire a, au moins, contrevenu aux lois romaines qui assimilent la preuve par confession à l'autorité de la chose jugée.

» Telle est dans toute sa force l'objection que nous avons annoncée, et qui d'ailleurs n'est pas proposée par les demandeurs en cassation. Voici nos réponses.

» 1° La prétendue lettre de la dame Lagardette du 22 avril 1792 n'est pas produite; ainsi, nous ne pouvons pas en apprécier le contenu. Quant au procès-verbal de l'assemblée de parens du 10 mai de la même année, le jugement constate qu'il n'a pas été produit en forme probante. C'est déjà plus qu'il n'en faut pour écarter toutes les inductions que les demandeurs pourraient tirer de l'une et de l'autre pièce.

» 2° La dame Lagardette n'est pas seule intéressée au maintien du Testament de son mari. La mère du testateur a été également l'objet de ses libéralités, et certainement elle ne peut pas perdre, par l'effet des prétendus aveux de la dame Lagardette, le fruit de ses dispositions, qui, à son égard, ne sont combattues par aucune preuve légale. Or, pourrait-on juger le Testament valable en faveur de la mère du testateur, sans le juger en même temps valable en faveur de sa veuve ? Il est évident que le testateur ne peut pas être réputé à la fois en bon sens et en démence.

» 3° Pour établir le fait de la démence du testateur, il ne suffit pas de l'alléguer vaguement; il faut détailler les faits particuliers dont on prétend le faire dériver. Or, la dame Lagardette, soit dans sa prétendue lettre du 22 avril, soit dans le procès-verbal de l'assemblée de parens du 10 mai 1792, n'a rien articulé de précis, elle n'y a rien circonstancié qui se rapporte directement à l'époque des dispositions testamentaires de son mari; ce qu'elle a dit de vague à cet égard, ne peut donc pas être pris pour un véritable aveu de la démence de son mari à cette époque, ce n'est véritablement de sa part qu'un moyen employé pour faire plus facilement adopter par la famille de son mari, alors bien constamment reconnu pour fou, l'idée qu'elle avait de le faire séquestrer provisoirement dans un hôpital, de l'y faire traiter, et par

Digitized by Google

là de le soustraire à la ruine dont le menaçaient ses dissipations journalières.

» 4° Enfin, les lois romaines qui donnent à la confession toute la force de la chose jugée, ne s'entend que de la confession faite dans l'instance même dans laquelle la partie adverse en tire avantage; et cela est si vrai que d'autres lois citées par Voët, titre *de confessis*, n° 7, établissent que l'aveu fait en jugement dans une affaire, ne forme, dans une autre instance, qu'une présomption grave. Or, ici ce n'est point dans l'instance en nullité du Testament de son mari, que la dame Lagardette a reconnu que son mari avait l'esprit aliéné avant la confession de cet acte; elle n'a fait cet aveu que dans une instance où il était question, non pas précisément de savoir si son mari avait joui de sa raison à l'époque de la confection de son Testament, mais s'il en jouissait au moment où l'aveu même se faisait, et si, en conséquence, il y avait lieu de prendre des mesures extraordinaires pour le priver de sa liberté. On ne peut donc pas appliquer à cet aveu, quel qu'il soit, la disposition que nous avons citée des lois romaines; et dès-là, il devient impossible de tirer de ce même aveu, un moyen de cassation contre le jugement qui n'y a pas eu égard ».

J'ai conclu, par ces motifs, au rejet de la requête des demandeurs, et il a été prononcé par arrêt du 22 nivôse an 9, au rapport de M. Zangiacomi, « attendu qu'en rejettant la » démence, le tribunal de la Loire n'a violé » aucune loi, puisqu'il n'en est aucune qui » l'obligeât nécessairement à admettre cette » preuve; que, dans l'espèce, le tribunal de » la Loire, trouvant le fait de la démence dé» truite par des actes authentiques, a pu et » dû préférer la preuve écrite qui résultait » de ces actes, à la preuve testimoniale qui » était offerte par les demandeurs ».

II. La seconde question est traitée dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Testament*, sect. 1, §. 1, art. 1, où l'on trouvera en même temps, sur la première, beaucoup plus de développemens que dans le précédent n°.

III. Que le suicide soit condamné par la morale et la religion, cela n'est pas douteux.

Que quelquefois il soit l'effet d'une aliénation mentale, une funeste expérience ne le prouve que trop.

Mais que, pour établir qu'un testateur était en démence au moment où il a fait ses dernières dispositions il suffise de justifier qu'il avait tenté de se suicider quelques instans auparavant, ou qu'il s'est suicidé, en effet quelques instans après, c'est ce qu'on ne peut raisonnablement soutenir; et c'est cependant ce que l'on a fait, mais infructueusement, depuis peu.

En 1820, le sieur de B... meurt, laissant un testament olographe qu'il avait fait immédiatement après avoir tenté de se suicider.

Ses héritiers *ab intestat* demandent la nullité de cet acte, sous le prétexte que le sieur de B... était en démence au moment où il l'avait rédigé et signé; et la seule preuve qu'ils en donnent, est qu'il venait d'attenter lui-même à sa vie.

Jugement qui rejette leur demande, et ordonne l'exécution de Testament.

Appel à la cour royale de Caen; mais par arrêt du 3 février 1826,

« Considérant que rien ne démontre, et qu'on n'a pas même articulé qu'antérieurement à cet acte (au Testament) le sieur de B... eût donné le moindre signe d'aliénation d'esprit; que la tentative de suicide dont les héritiers se font un moyen, n'est pas, par elle-même, la preuve qu'elle fût l'effet de la démence; qu'il est des cas où des hommes se donnent la mort dans un accès d'égarement d'esprit et de folie; qu'il en est aussi où l'homme, jouissant de toute sa raison, mais excité par le seul ennui de la vie, par l'impatience de la douleur ou l'adversité de la fortune, se porte le coup mortel; que les anciennes lois distinguaient ces deux cas dans l'application des peines relatives aux suicides; qu'ainsi, on s'exposerait à commettre des erreurs graves, si l'on admettait indistinctement comme preuve suffisante de la démence, le fait de la tentative de suicide;

» Considérant, à cet égard, que, soit qu'on s'attache au matériel, au style et à la composition de l'acte de 1820, soit qu'on se porte aux motifs qui ont pu déterminer le sieur de B... à donner à l'enfant qu'il chérissait, un gage de son affection, et à sa famille un témoignage de son souvenir et de son attachement, loin d'y trouver des aberrations d'esprit, tout annonce, au contraire, que cette opération a été le résultat d'une sage et mûre réflexion.

» Considérant de plus qu'il résulte des pièces mêmes produites par les appelans, que les mesures prises envers la personne du sieur de B..., après l'événement, ne tendaient qu'à le détourner du fatal projet de s'ôter la vie; qu'elles se rapportent à ce fait unique : mais qu'il paraît assez évident que, se voyant pré-

Digitized by Google

servé du danger qu'il venait de courir, et néanmoins en craignant les suites, il reprit son sang froid, et se détermina à rédiger l'acte qu'il qualifie lui-même, sur le repli de la feuille qui le contenait, de dernières dispositions ;

» La cour met l'appellation au néant... (1) ».

Le 18 juin 1824, le sieur Baron, ancien officier de marine, vivant à Marseille dans une honnête aisance, entouré de la considération publique, et jouissant d'une parfaite santé, se donne la mort.

Près de lui sont trouvés 1° un Testament olographe par lequel il institue la *demoiselle Ponge*, sa légataire universelle ; 2° une lettre par laquelle il annonce à la demoiselle Ponge ce qu'il vient de faire pour elle et l'intention qu'il a de mettre fin à son existence ; 3° une espèce de manifeste dans lequel il déclare que les contradictions qu'il éprouve, lui rendent la vie insupportable, et qu'il va la terminer.

Le frère du testateur attaque le Testament comme l'ouvrage d'un homme privé de la raison.

Le 25 avril 1825, jugement du tribunal de première instance de Marseille, qui déclare le Testament valable ; et sur l'appel de l'héritier, arrêt de la cour royale d'Aix, du 29 août de la même année, qui le confirme,

« Attendu qu'il est inutile d'examiner le suicide dans ses rapports avec la religion et la morale ; qu'il n'est pas douteux que *cet acte de frénésie* blesse l'une et l'autre ; mais qu'il n'en résulte aucune conséquence ayant influence sur la décision du procès ;

» Qu'il ne prouve pas un état habituel de démence ; qu'il établit, tout au plus, la perte momentanée de la raison ; que cependant, pour l'interdiction, c'est un état habituel de démence que la loi exige ; que celui qui, dans un moment de délire, s'est donné la mort, pouvait auparavant avoir conservé la faculté de raisonner sur tous les actes de la vie civile ».

Recours en cassation contre cet arrêt de la part de l'héritier, qui le dénonce comme violant l'art. 901 du Code civil, en ce que, tout en reconnaissant que le suicide est *un acte de frénésie* et qu'*il établit la perte momentanée de la raison* dans la personne qui s'y livre, il déclare valable un Testament fait immédiatement avant le suicide, et pour ainsi dire, dans le même instant.

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 29, partie 2, page 265.

Mais par arrêt du 11 novembre 1829, au rapport de M. de Ménerville, et sur les conclusions de M. l'avocat-général Lebeau,

« Attendu qu'il résulte de l'arrêt, qu'à l'époque de son Testament, Isidore Baron était capable de tester ; et que, ce fait une fois reconnu, l'incapacité opposée par le demandeur, ne saurait entrer dans l'examen de la cour..... ;

» La cour (chambre des requêtes) rejette le pourvoi..... (1) ».

La manière dont est motivé cet arrêt, ne répond pas bien nettement au moyen de cassation de l'héritier ; peut-être aurait-il été plus exact de dire, avec l'arrêt de la cour royale de Caen, du 3 février 1826, qu'à la vérité, le suicide peut être *un acte de frénésie*, et par conséquent former par lui-même une preuve de *la perte de la raison* dans le moment où il s'exécute, comme dans celui qui le précède immédiatement ou en suit immédiatement la tentative ; mais qu'il peut aussi avoir lieu de la part d'une personne qui jouit de toutes ses facultés intellectuelles ; que, sans doute, cette personne fait un mauvais usage de sa raison en adoptant et mettant en pratique les principes de certains philosophes sur la légitimité du suicide ; mais que raisonner mal et perdre la raison ne sont pas la même chose ; qu'ainsi, ni le suicide ni la tentative de suicide ne sont des présomptions suffisantes d'aliénation mentale.

§. III *bis*. *L'interdiction légale dont l'art. 29 du Code pénal frappe les condamnés aux peines des travaux forcés à temps ou de la réclusion, les rend-elle incapables de tester pendant la durée de ces peines ?*

M. Carnot n'en doute pas. Après avoir dit, sur l'art. 29 du Code pénal, que l'interdiction prononcée par cet article, n'a que la durée de la peine, il ajoute : « le condamné se » trouve, par suite de son interdiction lé» gale, dans l'incapacité..... de faire aucune » disposition de ses biens..... *à cause de* » *mort* ».

Mais cette doctrine paraît fort hasardée.

Sans doute, la faculté de tester est aujourd'hui ce qu'elle était sous l'ancienne jurisprudence, c'est-à-dire, une concession de la loi, un droit purement civil ; et c'est par cette raison que l'art. 25 du Code civil la com-

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1829, page 383.

Digitized by Google

prend, en termes exprès, dans la nomenclature des droits civils dont il déclare que le mort civilement encourt la privation.

Mais, d'une part, le condamné à la peine des travaux forcés à temps ou à celle de la réclusion, n'est pas pour cela mort civilement.

D'un autre côté, l'art. 28 du Code pénal le prive bien pour toujours de ses droits politiques et de quelques droits civils qu'il énumère; mais il ne le prive pas nommément du droit de tester, et il ne faut pas oublier qu'aux termes de l'art. 902 du Code civil, « toutes personnes peuvent disposer..... par » Testament, excepté celles que la loi en » déclare incapables ».

Or, placer, comme le fait l'art. 29 du Code pénal, les personnes condamnées, soit aux travaux forcés à temps, soit à la réclusion, dans un état d'interdiction légale, est-ce les déclarer de plein droit incapables de tester? Il me paraît évident que non.

D'abord, le mineur non émancipé est certainement en état d'interdiction légale; et cependant l'art. 904 porte que, parvenu à l'âge de 16 ans, il pourra disposer par Testament de la moitié des biens dont il aurait la libre disposition, s'il était majeur.

Ensuite, l'interdiction légale dont la loi frappe un condamné pendant la durée de sa peine, n'est pas et ne peut pas être d'une autre nature que l'interdiction judiciaire qui est prononcée pour cause de fureur, de démence ou d'imbécillité. Or, l'interdit pour cause de fureur, de démence ou d'imbécillité, est-il, à ce seul titre, incapable de faire un Testament? Non, car ce n'est point parcequ'il est interdit, qu'il en est incapable; c'est uniquement, comme je l'ai prouvé dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Testament*, sect. 1, §. 1, art. 1, n° 6, à raison de la cause de son interdiction; et cette cause venant à cesser, son incapacité cesse de plein droit, quoique d'ailleurs son interdiction continue de subsister jusqu'à ce qu'elle ait été levée par un jugement. Il est vrai que, sous le Code pénal de 1791, le condamné, soit à la peine des travaux forcés à temps, soit à celle de la réclusion, était, pendant toute la durée de cette peine, incapable de tester; mais pourquoi l'était-il? Ce n'était point à raison de l'interdiction légale dont le frappait l'art. 2 du tit. 4 de la première partie de ce Code; c'était parceque le même article déclarait expressément qu'il ne pourrait, *pendant la durée de sa peine, exercer par lui-même aucun droit civil;* disposition qui ne se retrouve pas dans l'art. 29 du Code pénal actuel, et qui n'a pu en être retranchée que parcequ'il n'était pas dans l'intention des rédacteurs de ce Code, de laisser subsister, à l'égard du condamné aux travaux forcés à temps ou à la réclusion, l'incapacité de faire un Testament.

C'est effectivement ce qu'a jugé un arrêt de la cour royale de Rouen, dont voici l'espèce.

La fille Lothon, condamnée à la réclusion, était morte dans la prison de Louviers, pendant qu'elle y subissait sa peine, laissant un Testament par lequel elle disposait de tous ses biens en faveur de Charles Biard, concierge de cette prison.

Jean-Baptiste Lauriot, héritier légitime de la fille Lothon, se fondant sur l'état d'interdiction légale dans lequel elle était décédée, a demandé la nullité de ce Testament; et elle a été prononcée par le premier juge.

Mais sur l'appel, ce jugement a été réformé par arrêt du 28 décembre 1822,

« Attendu que le Code pénal de 1791, outre qu'il plaçait le condamné à la peine de la réclusion, dans un état d'interdiction légale, disposait qu'il ne pouvait exercer par lui-même aucun droit civil;

» Que cette dernière disposition ne se retrouve point dans le Code pénal de 1810, qui dispose seulement que ledit condamné sera, pendant la durée de sa peine, dans un état d'interdiction légale;

» Que les causes d'incapacité ne peuvent être étendues;

» Qu'aux termes de l'art. 902 du Code civil, toutes personnes, excepté celles que la loi en déclare incapables, peuvent disposer par Testament.

» Que l'art. 29 du Code pénal de 1810, constitue le condamné à temps dans un état d'interdiction légale, effets qui se rapportent seulement à l'administration des biens et nullement à la faculté que la loi naturelle lui accorde (1), et que la loi civile ne lui interdit pas, de disposer de ses biens par Testament (2) ».

§. IV. *Les Testamens faits sous l'empire de la loi du 17 nivôse an 2, ont-ils été, quant à leur forme, soumis aux dispositions des lois antérieures?*

V. le plaidoyer du 25 fructidor an 11, rapporté à l'article *Don mutuel*, §. 5.

§. V. *Avant le Code civil, était-il né-*

(1) Ce n'est point de la loi naturelle, c'est uniquement de la loi civile, que dérive le droit de tester.

(2) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1823, supplément, page 65.

Digitized by Google

cessaire que l'officier public devant lequel un testateur déclarait ses dernières volonté, fît une mention expresse du soin qu'il avait eu de se conformer à la loi, en les écrivant lui-même ?

Cette question s'est présentée en 1784 au parlement de Douai.

Le sieur Corbie de Neuvireuille, domicilié à Lille, avait fait, en cette ville, le 28 février 1776, un Testament par lequel il avait partagé ses biens entre ses neveux et ses nièces, pour le cas seulement où son fils unique, qui n'avait encore que cinq ans, viendrait à décéder en bas âge ou sans avoir disposé.

Ce cas est arrivé : le 6 août 1782, un coup de vent a précipité et englouti dans une rivière, le jeune Corbie de Neuvireuille.

Ses héritiers collatéraux ne se sont pas entendus sur la manière de partager ses biens. Les demoiselles du Chastel, nièces du testateur, ont demandé l'exécution du Testament. Le comte du Chastel, leur frère, a prétendu, au contraire, qu'il était nul ; il a pris des conclusions précises pour qu'il fût déclaré tel, et subsidiairement dans le cas seulement où on le jugerait valable, il a requis acte de ce qu'il renonçait aux biens libres de son oncle, pour s'en tenir aux réserves coutumières.

Le moyen de nullité qu'opposait le comte du Chastel, résultait de ce que le Testament ne portait point qu'il eût été écrit par l'un des deux notaires qui l'avaient reçu ; mais seulement que le testateur l'avait *fait, dicté et nommé aux notaires.*

« Tout ce qui est de la forme substantielle d'un acte (disait-il), doit être prouvé, non seulement par la minute de l'acte, mais encore par les expéditions qui peuvent en être délivrées. On ne peut se dissimuler que l'ordonnance de 1735, en voulant, art. 23, qu'un Testament soit écrit par l'un des deux notaires, à peine de nullité, n'ait en même temps voulu qu'on pût s'assurer avec facilité si cette formalité essentielle et de rigueur avait été remplie; or, il n'y a que deux moyens d'avoir cette assurance.

» Le premier, le plus aisé et le plus simple, est que les notaires attestent eux-mêmes qu'ils ont rempli le vœu du législateur, en déclarant que l'un d'eux a écrit les dernières volontés du testateur, l'autre présent. Cette déclaration est un témoignage authentique de la vérité; on en est convaincu, et par la minute, et par les copies authentiques de l'acte. En un mot, elle ne peut souffrir d'atteinte que par la voie de l'inscription de faux.

» Le second moyen, moins sûr, plus difficile, aussi coûteux qu'embarrassant, et presque impossible dans la pratique, serait la vérification par la reconnaissance et par la comparaison d'écritures, que le Testament est effectivement écrit de la main de l'un des notaires qui l'ont reçu. Ainsi, il s'élève une difficulté à Lille sur un Testament fait à Marseille ou en Amérique, ou réciproquement ; on envoie à Lille la grosse de cet acte, et il n'y est fait aucune mention que la formalité requise par l'art. 23 de l'ordonnance de 1735, ait été remplie ; l'une des parties soutient que le défaut de mention rend l'acte imparfait ou nul : comment l'autre établira-t-elle la validité de cet acte ? Elle ne pourra certainement le faire que par la vérification de l'écriture de la minute, comparée à d'autres écritures authentiques des deux notaires qui ont reçu le Testament, pour reconnaître s'il est écrit par l'un d'eux. Nous n'avons pas besoin d'insister sur cette preuve équivoque, et sur les inconvéniens qu'elle entraîne, pour la faire proscrire.

» Mais ces inconvéniens à part, trois moyens invincibles se réunissent pour établir que les notaires doivent faire une mention expresse de l'intention qu'ils ont eue de remplir toutes les formalités requises par l'art. 23 de l'ordonnance de 1735, et à l'inobservation desquelles l'art. 47 a attaché la peine de nullité. Ces trois moyens sont l'ordonnance même, l'usage et les lois postérieures, surtout celles qui sont particulières au ressort du parlement de Douai.

» 1° Il est certain que l'ordonnance préfère le témoignage des notaires, sur l'accomplissement des formalités qu'elle prescrit, à tout autre genre de preuves ; cela résulte de l'art. 23. Si le législateur avait pensé, en exigeant que l'un des notaires écrivît les volontés du testateur, que la preuve pût en être faite autrement que par son propre témoignage, il aurait certainement permis de le prouver par comparaison d'écritures. Il ne l'a point fait, il l'a donc défendu tacitement.

» 2° Dans l'usage général de la France, on ne s'est point trompé sur l'intention et la volonté du législateur; elle a été interprétée et accomplie uniformément par la mention expresse que tous les notaires font exactement, dans les actes de dernière volonté, qu'ils ont été écrits par l'un d'eux, l'autre présent. On n'a jamais eu recours, et personne n'a jamais pensé qu'on dût recourir, à la preuve par comparaison d'écritures : le seul témoignage des notaires a toujours suffi pour satisfaire aux dispositions de la loi.

Digitized by Google

» 3° Une loi solennelle, sollicitée par le parlement de Douai et enregistrée en son greffe, ne permet aucun doute sur la manière de prouver que les formalités prescrites par la loi, sont observées. Les notaires de la ville de Valenciennes avaient pris la mauvaise habitude de faire parler le testateur seul dans l'acte qui contenait ses dernières dispositions, quoique reçu par des personnes publiques; par conséquent il rendait seul témoignage que les formalités requises pour la validité des Testamens, avaient été observées : de sorte, comme le dit le législateur, que la fonction de ceux qui les observaient, se trouvait bornée à écrire et signer les Testamens, *sans qu'il y eût, de leur part, aucune énonciation qui leur fût personnelle.*

» Pour rétablir l'uniformité entre les usages suivis dans le reste de la France, et celui qu'il avait plu aux notaires de Valenciennes d'adopter, une déclaration rendue le 16 mai 1763 a ordonné qu'*à l'avenir les notaires et tous autres, qui recevraient des Testamens ou autres dispositions de dernière volonté dans la ville et banlieue de Valenciennes, et autres lieux du ressort de la cour du parlement de Flandre*, SOIENT TENUS DE FAIRE EUX-MÊMES ET EN LEUR NOM, *la mention de* L'ACCOMPLISSEMENT DES FORMALITÉS REQUISES, TANT PAR L'ORDONNANCE DU MOIS D'AOUST 1735... CE QUI SERA OBSERVÉ, A PEINE DE NULLITÉ.

» Observons bien que l'ordonnance de 1735 n'ordonne expressément la mention que de quelques-unes des formalités qu'elle prescrit, qu'elle garde le silence sur la preuve des autres; qu'elle n'oblige pas davantage les officiers publics qui reçoivent les dernières volontés, à faire mention qu'ils ont rempli les autres formalités requises par les coutumes de de la situation des biens. Mais l'usage général, attesté par le législateur, était que les notaires assurassent par une mention expresse, constatée par leurs signatures, par celles des témoins et du testateur, qu'ils avaient observé les formalités prescrites, tant par l'ordonnance de 1735, que par les autres lois et les coutumes de France. C'est cet usage général que le législateur consacre et érige en loi par la déclaration du 16 mai 1763, et dont il ordonne la rigoureuse observation, A PEINE DE NULLITÉ, sans avoir aucun égard au témoignage du testateur lui-même ».

A ces moyens, qui ont reçu dans la discussion un développement considérable, les demoiselles du Chastel opposaient une défense très-concise. Elles distinguaient, dans l'art. 23 de l'ordonnance de 1735, deux sortes de formalités : les unes, dont ce texte ordonne aux notaires de faire une mention expresse : les autres à l'égard desquelles il ne prescrit rien de semblable, et qu'on ne peut par conséquent, sans vouloir être plus sage que la loi, assujétir à la nécessité de cette mention.

A l'égard de la déclaration de 1763, voici ce qu'elle disait en substance : « Les testateurs de Valenciennes avaient pris la place » des notaires, et attestaient eux-mêmes que » les formalités dont l'ordonnance de 1735 » avait prescrit la mention, étaient accomplies; tel est l'abus qu'a corrigé la déclaration de 1763, en exigeant que les notaires » fissent eux-mêmes et en leur nom, la mention de l'accomplissement de ces mêmes » formalités; elle n'a donc pas changé ni » modifié l'ordonnance de 1735; elle n'a donc » point confondu la distinction établie entre » les formalités dont la mention est nécessaire, et celles dont elle n'exige pas cette » mention; ce n'est donc que quant aux premières, que la déclaration a aboli l'usage » local de Valenciennes, où les testateurs » avaient usurpé les fonctions essentiellement » attribuées aux notaires; elle n'a donc pas » ajouté aux formalités prescrites par l'ordonnance ».

Ces raisons ont prévalu sur celles du comte du Chastel. Par arrêt du 27 février 1784, rendu à la deuxième chambre, le Testament a été jugé valable; il a été donné acte au comte du Chastel de sa déclaration subsidiaire de s'en tenir aux réserves coutumières, et il a été condamné aux dépens.

§. VI. 1° *Avant le Code civil, les Testamens purement olographes étaient-ils valables dans les coutumes qui admettaient cette manière de disposer, mais en la grevant de quelques formalités particulières? Ces formalités additionnelles étaient-elles encore nécessaires depuis l'ordonnance de 1735, ou celle-ci les avait-elle abrogées?*

2° *Le Testament qui ne peut pas valoir comme mystique, soit faute d'acte de suscription, soit à raison de la nullité de l'acte de suscription, vaut-il comme olographe, lorsqu'il est entièrement écrit, daté et signé de la main du testateur?*

I. De ces deux questions, la première a été, conformément à mes conclusions, jugée pour la négative, par un arrêt de la cour de cassation, lors duquel je me suis en même temps expliqué sur la seconde. Voici l'espèce.

Digitized by Google

Le 18 octobre 1789, Dominique Casaubon décède à Baïonne. Sous les scellés apposés immédiatement après sa mort, se trouve un paquet cacheté sans inscription. Ouverture faite de ce paquet, paraît un acte entièrement écrit, daté et signé de la main du défunt, et contenant ce qui suit : « Je charge mon héri-
» tier et héritière ci-après nommés, de payer
» annuellement les frais de deux obits que
» j'entends fonder en ce moment à perpé-
» tuité, comme je les fonde dans ce *Testament*
» *clos et secret*, écrit de ma propre main, *et*
» *sans qu'il soit besoin de recourir à aucune*
» *autre formalité* ».

Après cette première disposition, le testateur institue pour héritiers dans la moitié de sa succession, ses *trois petits neveux Lataulade, fils de Lataulade de Laas*, et dans l'autre moitié la dame Case-Major, sa nièce; et il termine ainsi son Testament : « je casse, ré-
» voque et annulle tous les autres Testamens,
» codicilles ou donations que je pourrais avoir
» faits ci-devant de bouche ou par écrit; vou-
» lant et entendant que le présent soit mon
» seul et véritable Testament; que, s'il ne peut
» valoir pour tel, par quelque défaut de solen-
» nité, d'explication ou autrement, il vaille
» pour codicille ou pour donation à cause de
» mort, en telle sorte que ma volonté soit
» suivie et exécutée. Et après l'avoir lu et
» relu, j'ai trouvé qu'il contenait mes vraies
» intentions. Je déclare donc y persévérer et
» que je l'ai écrit sur du papier marqué en six
» feuillets, chacun de deux pages, dont dix
» entièrement écrites, et celle-ci en partie,
» toutes signées de ma main. A Baïonne,
» ce..... ».

Le père des mineurs Lataulade ne fait aucune démarche pour obtenir l'exécution de ce Testament. En conséquence, la dame Casaubon et Case-major, sœur et nièce du défunt, partagent la succession *ab intestat*.

Neuf ans après ce partage, le 8 messidor an 6, Félix Lataulade, devenu majeur, fait assigner, tant en son nom que comme curateur de ses frères, la dame Case-major et la dame Planter, héritières de la dame Casaubon, devant le tribunal civil du département des Basses-Pyrénées, pour voir dire que le Testament de Dominique Casaubon sera exécuté selon sa forme et teneur.

La dame Case-major, qui réunit à sa qualité d'héritière *ab intestat* celle d'héritière testamentaire, se déclare sans intérêt et s'en rapporte à la prudence des juges. La dame Planter soutient que le Testament est nul.

Le 27 prairial an 9, jugement par lequel, « Considérant que la coutume de Baïonne, tit. 11, *des Testamens*, art. 4, admet les testamens olographes par cette disposition entière et isolée : *Testament écrit de la main du testateur, posé qu'il n'y ait aucun témoin, est bon et valable;*

» Que l'art. 5 du même titre n'a pu altérer ni dénaturer l'essence du testament olographe établi par l'art. 4 ; que cet art. 5 portant que *toutefois et dorénavant, au dos, il y aura deux témoins signés ou un notaire, lequels, après le décès du testateur, reconnaîtront leurs seings devant le maire ou son lieutenant*, est une formalité surabondante dont l'omission ne peut emporter aucune nullité, et ne peut rendre incertaine la volonté du testateur clairement manifestée dans le Testament dont il s'agit;

» Qu'antérieurement à la rédaction de la coutume, l'usage des testamens olographes existait dans la coutume de Baïonne, ce qui s'infère de l'art. 4 conçu d'une manière positive; et que l'art. 5, commençant par ces mots, *toutefois du consentement des habitans de la ville*, est, par son énonciation, un pur acte de précaution qui ne peut être réputé intrinsèque ni essentiel à la validité de la disposition;

» Attendu que, pour opérer cet effet, les art. 5 et 4 auraient dû faire une disposition une et indivisible; que l'art. 4 validant les Testamens écrits de la main du testateur sans témoins, il serait absurde et contradictoire que, par l'article suivant, la signature de deux témoins dût être une formalité nécessaire et qui emportât nullité, tandis que ni l'un ni l'autre article ne la prononcent pas; que la faculté alternative de la signature de deux témoins ou d'un notaire, contenue dans l'art. 5, détruit, par son énonciation, tout caractère de légalité;

» Attendu que, dans aucun acte quelconque, un notaire ne peut signer sans l'assistance de deux témoins, et que réciproquement deux témoins ne peuvent valider un acte, sans l'intervention d'un notaire, ce qui exclud toute idée d'un testament mystique ou solennel; que la reconnaissances des seings des deux témoins signés, ou de celui du notaire signateur, devant le maire ou son lieutenant, désigne bien clairement une formalité de cérémonie qui n'a aucun caractère légal;

» Attendu qu'un maire et son lieutenant n'ont et ne peuvent avoir aucun caractère judiciaire; que la volonté du testateur n'est pas équivoque; qu'elle est formellement et textuellement manifestée par les mots insérés au commencement de son Testament, *écrit de*

Digitized by Google

ma propre main, et sans qu'il soit besoin de recourir à aucune autre formalité, ainsi que les mêmes expressions écrites à la fin du même Testament : *déclare qu'il veut et entend que le présent soit son seul et véritable Testament; que, s'il ne peut valoir pour tel, par quelque défaut de solennité, d'explication ou autrement, il vaille pour codicille ou donation à cause de mort, en telle sorte que sa volonté soit sacrée et accomplie ;*

Que, d'après l'art. 47 de l'ordonnance de 1735, l'omission des formalités prescrites par la coutume, n'emporte pas la nullité des actes, mais laisse aux juges la faculté d'avoir, pour les moyens allégués contre les actes, tel égard qu'il appartiendra; mais que les dispositions de cet article ne peuvent se rapporter qu'à la reconnaissance de l'intention du testateur, règle générale qui doit déterminer les tribunaux dans leurs décisions; enfin, que l'art. n'ayant établi ni distinction ni exception, reconnaît valides les testamens olographes entre toutes personnes, sans aucune différence d'ascendans, descendans, collatéraux et autres;

» Le tribunal (civil de l'arrondissement de Baïonne) condamne les dames Case-Major et Planter à délaisser à Félix Lataulade, la moitié de l'hérédité de Dominique Casaubon, avec restitution des fruits ».

Appel, et le 14 prairial an 10, la cour de Pau, après avoir posé deux questions de pure forme, y ajoute celles-ci :

« 3° Dominique Casaubon a-t-il voulu faire un testament olographe ou un testament mystique; et dans ce dernier cas, en a-t-il observé les formalités?

» 4° La coutume de Baïonne admet-elle les testamens purement olographes »?

Sur la troisième question, elle considère

« Que Dominique Casaubon n'a pas déclaré, dans le Testament dont il s'agit, vouloir faire un testament olographe, quoique, dans l'usage général, cette déclaration soit toujours insérée dans les Testamens de ce genre; qu'on pouvait néanmoins dire qu'il a testé dans le genre de Testament dont il a observé les formalités, et qu'il a observé celles des testamens olographes, si celles-ci ne faisaient partie de celles qui sont nécessaires pour les testamens mystiques, ainsi qu'on le recueille des art. 9, 20 et 23 de l'ordonnance de 1735, si d'ailleurs tout ne tendait à prouver, même les propres expressions du testateur, qu'il a voulu faire un testament mystique.....;

» Que les notes écrites de la main du testateur, relatives aux formalités à observer pour les testamens mystiques, et les divers projets de Testament trouvés parmi ses papiers à son décès, ne seraient que des présomptions insuffisantes pour décider dans quel genre de Testament il a voulu disposer, s'il ne l'avait manifesté lui-même, en employant le mot technique de l'ordonnance; que le testateur ordonnant le paiement de deux obits, déclare qu'il les fonde *par ce Testament clos et secret, écrit de sa propre main, sans qu'il soit besoin de recourir à aucune autre formalité ;*

» Que, dès que le testateur a déclaré qu'il faisait un Testament secret, il n'est pas possible de révoquer une volonté clairement manifestée ;

» Que la qualification que le testateur donne au testament qu'il fait, est le plus sûr guide pour connaître le genre de Testament dans lequel il a voulu disposer;

» Que, dans l'espèce, le testateur a qualifié le Testament dont il s'agit, de *clos et secret*, qui est précisément celui qui est désigné par l'art. 9 de l'ordonnance de 1735; ce qui l'obligeait à suivre les formalités qui sont propres à ce genre de Testament et d'y faire apposer un acte de suscription, aux termes de l'article ci-dessus énoncé; que ne l'ayant pas fait, ce Testament est frappé de nullité, d'après les dispositions de l'art. 47 de la même ordonnance;

» Que c'est en vain qu'on a cherché à exciper de ce qu'à la suite de la déclaration du testateur qu'il faisait un Testament clos et secret, il ajouta ces mots : *écrit et signé de ma main, sans qu'il soit besoin de quelque autre formalité.....*; que ces mots ne peuvent être entendus que des formalités nécessaires pour le Testament clos et secret qu'il disait vouloir faire; qu'il n'était pas d'ailleurs au pouvoir du testateur qui déclarait faire un Testament clos et secret, de se dispenser des formalités voulues par la loi;

» Que, si on avait besoin d'une preuve supplétive de l'intention de Dominique Casaubon, pour le genre de Testament qu'il avait choisi, elle résulterait de l'état où il laissa l'enveloppe qui couvrait le Testament; car il ne fit que la cacheter, sans y apposer quelque note ni signature, ce qui indiquerait qu'il l'avait ainsi préparé pour faire mettre l'acte de suscription dans le cas où il persisterait dans les dispositions qu'il renfermait; car les divers projets de Testament trouvés parmi ses papiers, prouvent son irrésolution ».

Passant ensuite à la quatrième question, la cour d'appel de Pau retrace les termes des

Digitized by Google

art. 4 et 5 du tit. 11 de la coutume de Bayonne, et elle considère

« Qu'il est évident que ces deux articles sont relatifs et connexes;

» Que, pour s'en convaincre, il suffit d'observer que le mot *toutefois*, qui commence l'art. 5, est une conjonction qui lie les pensées, en marquant entre elles une différence ou une opposition qui fait que l'une contrebalance l'autre, ou que la seconde ajoute quelque chose à la première; que cette conjonction qui, par cette raison, est appelée adversative, indique l'idée qui la caractérise, puisque le mot *adversatif* signifie *contraire, opposé*; que, d'après cela, il est démontré que l'art. 5 est opposé à l'art. 4, quoique liés ensemble par l'adverbe *toutefois*, qui marque aussi une opposition entre eux.....;

» Qu'il s'infère de ces deux articles, que le quatrième a disposé pour le passé, c'est-à-dire, pour les testamens existans à l'époque de la rédaction de la coutume, et l'art. 5 pour l'avenir;

» Qu'il faut en conclure qu'avant la rédaction de la coutume, on admettait à Bayonne des testamens, pourvu qu'ils fussent écrits de la main du testateur, quand bien même ils n'auraient été ni signés ni datés;

» Que les rédacteurs de la coutume, convaincus que ce mode était abusif, le maintinrent néanmoins par l'art. 4 pour le passé, et établirent, par l'art. 5, un autre testament pour l'avenir;

» Que c'est contre le texte de cette coutume qu'on a prétendu qu'elle admettait le testament olographe proprement dit, puisque l'art. 5 précité peut être considéré comme réglant un acte de suscription, quoique moins solennel que celui prescrit par l'ordonnance, ainsi que le chancelier d'Aguesseau l'avait décidé pour la coutume de Bourgogne; ce qui ne peut convenir au testament olographe, qui est défini par les auteurs un testament écrit, daté et signé de la main du testateur;

» Que cette définition a encore été adoptée par l'art. 20 de l'ordonnance de 1735, qui répète les mêmes expressions pour les formalités à remplir pour faire un testament olographe;

» Que, dès que l'art. 5 de la coutume de Bayonne qui a disposé pour l'avenir, exige d'autres formalités pour le testament dont il parle, il est évident qu'il a rejeté la forme du testament purement olographe, qui est l'ouvrage d'une seule personne; et que celle qu'il indique, devrait être regardée par les plus favorables, comme mixte, puisque, pour sa perfection, il faut le concours de plus d'une personne;

» Que c'est une erreur de prétendre que, si les formes indiquées par les art. 4 et 5, pouvaient être envisagées comme appartenantes aux testamens mystiques, ces articles seraient en opposition avec l'art. 2 qui a réglé cette forme de disposition.....;

» Que, pour demeurer convaincu que cet art. 2 ne peut être appliqué aux testamens mystiques, il ne faut qu'en rappeler les dispositions : *testament fait devant un notaire public, par lui rédigé en écrit et signé en présence de deux témoins, est bon et valable, soit par manière de testament solennel et nuncupatif*; qu'il résulte de cet article, que le testament dont il parle, doit être rédigé par écrit par le notaire et signé en présence de deux témoins, ce qui est opposé au testament mystique qui est secret;

» Que cette coutume n'admet pas des testamens purement olographes, puisque le testament dont elle parle à l'art. 5, exige des formalités qui excèdent celles qui sont requises pour les testamens olographes, et que l'art. 5 ne dispose que pour le passé;

» Que le non-usage des testamens olographes dans la ville de Bayonne prouverait encore cette vérité; or, la dame Planter a défié le cit. Lataulade de rapporter un seul testament olographe fait dans cette ville depuis la rédaction de la coutume ».

En conséquence, la cour d'appel de Pau infirme le jugement du tribunal civil de Bayonne, et déclare nul le testament dont il s'agit.

Félix Lataulade se pourvoit en cassation, et soutient

1° Que la cour d'appel a faussement interprété les dispositions de la coutume de Bayonne, en déclarant *mystique* un testament qui, par sa forme, était véritablement *olographe*;

2° Qu'elle a contrevenu aux dispositions de l'ordonnance de 1735, en jugeant que ce testament, quand même on le supposerait olographe, ne pourrait valoir comme tel dans la coutume de Bayonne;

3° Qu'elle a violé *la loi testamentaire*.

« De ces trois moyens (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 28 thermidor an 11), le troisième rentre visiblement dans le second; car, si le testament de Dominique Cassubon était nul, il est évident que le tribunal d'appel de Pau n'a pas violé *la loi testamentaire*, en le déclarant tel; et s'il était valable, le tribunal d'appel de Pau n'a violé la loi testamentaire, qu'en violant, soit les dispositions de la coutume de Bayonne, soit les dispositions

Digitized by Google

de l'ordonnance de 1735. Nous n'avons donc réellement que deux moyens à discuter.

» Le premier vous présente deux questions :

» L'une, si Dominique Casaubon a voulu faire un testament olographe ou un testament mystique ;

» L'autre, si un testament que le testateur a voulu faire dans la forme mystique, et qu'il a laissé imparfait dans cette forme, peut et doit valoir comme olographe, dans les lieux où cette manière de disposer est reçue, lorsqu'il est entièrement écrit, daté et signé de la main du testateur?

» Sur la première question, il est un principe qu'il ne nous paraît pas possible de contester sérieusement : c'est qu'un testateur est toujours censé avoir voulu tester dans la forme qu'il a réellement observée ; et que, s'il y a des doutes sur son intention, on doit les expliquer par le fait, c'est-à-dire, par la forme à laquelle il s'est tenu. Cela est surtout nécessaire, lorsqu'entendue dans un sens plutôt que dans l'autre, son intention aurait pour résultat l'annullation de son testament; car, dit la loi 12, *de rebus dubiis*, au digeste, *quoties in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi quo res de quâ agitur, magis valeat quàm pereat.*

» Rapprochons ce principe des motifs qui ont déterminé le tribunal d'appel de Pau à juger que Dominique Casaubon avait voulu faire, non un testament olographe, mais un testament mystique.

» Le tribunal d'appel commence par observer que Dominique Casaubon *n'a pas déclaré, dans l'acte dont il s'agit, vouloir faire un testament olographe, quoique, dans l'usage général, cette déclaration soit toujours insérée dans les testamens de ce genre.*

» Mais d'abord, l'usage que le tribunal d'appel qualifie de *général*, n'a rien moins que ce caractère; et il n'est aucun de vous qui n'ait vu un grand nombre de testamens olographes dans lesquels il n'existait point de déclaration semblable.

» Ensuite, que signifie le mot grec *olographe?* C'est un synonyme de ceux-ci : *écrit de la seule main du testateur*, OLOGRAPHA MANU, comme le disent les empereurs Valentinien et Théodose, dans leur quatrième novelle insérée dans le Code théodosien.

» Eh bien! Dominique Casaubon a déclaré que son testament était *écrit de sa propre main;* il a donc déclaré que son testament était olographe ; et il n'importe assurément que, pour le déclarer, il ait employé une expression française, au lieu d'un terme grec.

» Le tribunal d'appel observe ensuite que Dominique Casaubon a qualifié son testament de *secret ;* que le mot *secret* est, par rapport aux actes de dernière volonté, synonyme de *mystique;* et que cela est si vrai, que les mots *testament mystique ou secret* se trouvent dans l'art. 9 de l'ordonnance de 1735.

» L'observation est exacte en fait; mais, d'une part, il n'est pas défendu à un testateur qui dispose dans la forme olographe, de déclarer que son testament restera *secret* jusqu'à sa mort; et bien certainement si, dans la coutume de Paris, où l'on ne connaissait pas les testamens mystiques avant la loi du 13 floréal dernier, un testateur avait dit, en faisant un testament olographe, qu'il faisait un testament *secret*, on ne se serait pas avisé pour cela de quereller ses dispositions. D'un autre côté, Dominique Casaubon a manifesté bien clairement son intention de ne pas disposer dans la forme mystique, puisqu'après avoir énoncé que son testament *clos et secret* était *écrit de sa propre main*, il a ajouté aussitôt : *sans qu'il soit besoin de recourir à aucune autre formalité.* Il est vrai que ce dernier membre de sa phrase peut aussi bien se rapporter à la fondation qu'il fait de deux obits, qu'au testament dans lequel il consigne cette fondation ; mais il suffit que la chose soit douteuse, pour qu'on doive l'interpréter dans le sens le plus favorable au testament : *Quoties ambigua oratio est, commodissimum est id accipi quo res de quâ agitur, magis valeat quàm pereat.* Il est vrai encore qu'il n'aurait pas dépendu de Dominique Casaubon de s'affranchir des formalités du testament mystique, si c'eût été vraiment un testament mystique qu'il eût voulu faire; mais de cela seul qu'il a déclaré ces formalités inutiles pour donner à son testament la perfection légale, il résulte évidemment qu'il n'a pas voulu faire un testament mystique.

» Mais, dit encore le tribunal d'appel de Pau, Dominique Casaubon a clos et cacheté son testament, et il n'a rien écrit sur l'enveloppe ; il a donc réservé l'intégralité de l'enveloppe pour y faire mettre l'acte de suscription prescrit pour le testament mystique, dans le cas où il persisterait dans sa volonté. C'est donc dans la forme mystique qu'il a voulu tester.

» Comme si un testament olographe ne pouvait pas être cacheté tout aussi bien qu'un testament mystique! comme si une précaution prise par le testateur pour assurer le secret de son testament pendant sa vie, pouvait en changer le caractère et le dénaturer!

Digitized by Google

comme si Dominique Casaubon n'avait pas tout dit, n'avait pas suffisamment exprimé son intention de tester dans la forme olographe, par cette clause, *sans qu'il soit besoin de recourir à aucune autre formalité!*

» Mais après tout, supposons à Dominique Casaubon la volonté primitive de faire un testament mystique; son testament ne pouvant pas valoir comme tel, ne vaudra-t-il pas du moins comme testament olographe, si d'ailleurs les testamens olographes étaient reçus à Bayonne en 1789? Le tribunal d'appel de Pau ne s'est pas expliqué sur cette question; il a supposé qu'elle se résolvait d'elle-même pour la négative, et cependant il existe en faveur de l'opinion contraire des raisons et des autorités d'un très-grand poids.

» La loi 3, D. *de testamento militis*, met en principe, non-seulement pour les testamens militaires, mais encore pour toute espèce de testamens, que l'on ne doit jamais présumer qu'en choisissant une manière de tester, le testateur ait voulu s'y enchaîner tellement, que, dans le cas où il n'en remplirait pas exactement toutes les formes, ses dernières volontés restassent sans effet : *nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda judicia sua.* Il est donc bien naturel, il est même dans le vœu de cette loi, de faire valoir dans la forme que le testateur a suffisamment remplie, le testament qu'il avait d'abord annoncé vouloir faire dans une autre forme qu'il a laissée imparfaite.

» C'est effectivement ce que décide, relativement aux testamens olographes, l'art. 126 de l'ordonnance de 1629 : *Les testamens appelés olographes* (porte-t-il), *écrits et signés de la main du testateur, seront valables par tout notre royaume, sans qu'il soit besoin de plus grande solennité, laquelle toutefois, si elle est apportée, n'y fera préjudice, non plus que le défaut qui se pourrait rencontrer èsdites solennités, si ledit testament est olographe.*

» Et qu'on ne vienne pas objecter que cet article ne faisait pas loi dans le ressort du parlement de Bordeaux, et par conséquent à Bayonne. Non, il n'y faisait pas loi, en tant qu'il étendait à toute la France l'usage des testamens olographes en faveur de parens collatéraux ou d'étrangers; car l'arrêt d'enregistrement de l'ordonnance de 1629 au parlement de Bordeaux, porte qu'il n'aura lieu que dans les testamens entre enfans; mais il y faisait loi, en tant qu'il déclarait valables les testamens qui, de fait, se trouveraient revêtus de la forme olographe, quoique le testateur eût voulu d'abord leur donner une autre forme. Il faisait donc loi à Bayonne, même pour les testamens olographes faits en faveur d'étrangers ou de parens collatéraux, si, à Bayonne, on pouvait, ce que nous examinerons tout-à-l'heure, disposer en faveur de collatéraux ou d'étrangers dans la forme olographe.

» Il est vrai que Ricard, partie 1, n° 1609, tient *pour maxime générale, qu'il est nécessaire que le testament soit parfait en la forme en laquelle le testateur a commencé de disposer, et que, quoique cet acte ait des solennités suffisantes pour valoir en une autre forme permise par la loi ou par la coutume, il ne laissera pas de demeurer sans effet, s'il n'est accompagné de celles qui sont requises pour l'accomplissement de l'espèce de testament en laquelle il a voulu disposer.*

» Mais 1° cette doctrine de Ricard est, comme vous venez de le voir, formellement condamnée par loi 3, D. *de testamento militis :* elle l'est, surtout à Bayonne, par l'art. 126 de l'ordonnance de 1629.

» 2° Ricard ne fonde son opinion que sur la loi dernière, C. *de codicillis*, sur la loi 19, C. *de fideicommissis*, et sur le §. dernier, aux Institutes, *de fideicommissariis hereditatibus*, qui établissent qu'un testament imparfait ne peut pas, sans le secours de la clause codicillaire, être converti en codicille, bien qu'il contienne toutes les formalités prescrites pour le codicille proprement dit. Mais ni ces lois, ni l'ordonnance de 1735 qui adopte entièrement leurs dispositions, ne disent qu'un testament nul dans une forme, ne peut pas être converti en testament d'une autre forme; et il y a une grande distance d'un cas à l'autre. Dans le cas prévu par ces lois, le testateur n'a pas voulu faire un codicille, ou, en d'autres termes, il n'a pas voulu faire un héritier fidéicommissaire; ce serait donc ajouter à sa volonté que de faire valoir comme codicille, le Testament qu'il a commencé et qu'il n'a pas revêtu de toute sa perfection. Dans notre espèce, au contraire, le testateur a voulu faire un Testament; c'est donc se conformer à sa volonté que de faire valoir comme testament, l'acte qu'il a fait et qui en a réellement le caractère.

» *Peut-on* (en effet, dit Bannelier, dans ses notes sur le *Traité des Testamens* de Davot, tome 5, page 200) *peut-on présumer qu'un testateur, en choisissant une forme de disposer, ait voulu s'y fixer et faire ostentation de science? Non; ce choix lui fut indifférent, et il n'eut d'autre objet que de disposer d'une*

Digitized by Google

manière qui pût avoir son exécution. Il faut donc présumer que la volonté du défunt a été pour la conversion dont il s'agit, en cas qu'elle devînt nécessaire; et qu'il s'en serait clairement expliqué, s'il eût prévu la contestation. N'y aurait-il pas un peu trop de subtilité à prendre un autre parti?

» *Je ne laisse pas aussi de distinguer, avec l'ordonnance de* 1735, *entre la forme testamentaire et la forme codicillaire... Si le défunt ayant disposé dans une forme testamentaire, l'acte ne peut valoir en aucune des formes prescrites pour ce genre de disposition.....; je le tiens pour nul, quand il serait dans une forme qui aurait pu valoir à titre de codicille, à moins.... qu'il ne renferme la clause codicillaire.....*

» *Si le défunt a disposé* VALABLEMENT DANS UNE FORME TESTAMENTAIRE, *j'admets la conversion de l'une des formes testamentaires dans une autre : par exemple, le testateur domicilié dans les pays de droit écrit de ce ressort* (de celui du parlement de Dijon) *ayant testé de sa propre main, dans la forme mystique, mais ayant manqué à quelqu'une des formalités requises dans l'acte de suscription, l'acte pourra valoir comme olographe simple* (en vertu de l'art. 126 de l'ordonnance de 1629, qui, pour ces pays, a été enregistré purement et simplement au parlement de Dijon), *s'il ne peut valoir comme mystique ou solennel. L'ordonnance de* 1735 *a prescrit des formes, tant pour les pays de droit écrit que pour les pays de coutume. Il importe peu si l'une des formes testamentaires semble avoir été préférée par le testateur, pourvu que l'acte puisse valoir dans une des formes qui sont requises pour le genre testamentaire.....*

» *Je suis autorisé, dans la différence que je fais entre ces deux sortes de dispositions de dernière volonté, les unes testamentaires, les autres codicillaires, par l'ordonnance même de* 1735, *dont l'art.* 67 *est conçu en ces termes :* Si l'héritier institué par un *Testament* qui contient la CLAUSE CODICILLAIRE, n'a prétendu faire valoir la disposition du Testament que comme CODICILLE seulement; ou s'il n'a agi qu'en conséquence de ladite clause, il ne sera reçu à soutenir ladite disposition en qualité de Testament. Mais s'il a agi d'abord en vertu du Testament, il pourra se servir ensuite de la clause codicillaire.... *Cet article, en se servant indéfiniment du terme de* Testament, *nous laisse entendre que, pourvu qu'il ne soit toujours question que de* Testament, *il importe peu s'il est mystique ou olographe simple, pourvu qu'il puisse valoir dans l'une des formes testamentaires qui sont en vigueur dans le pays* (1).

» 3° Ricard lui-même convient, n° 1917, que son opinion *n'étant fondée que sur les conjectures de la volonté du testateur, qui n'est pas* (suivant lui) *présumé avoir eu intention de disposer en une autre forme que celle qu'il a choisie, lorsqu'il a déclaré le contraire et qu'il entendait que son Testament valût en la meilleure forme que faire se pourrait, il doit avoir effet, pourvu qu'il soit accompagné des formes de l'une des espèces de Testamens reçus par la loi ou par la coutume du pays.* Or, c'est là précisément ce qu'a voulu Dominique Casaubon : je veux, a-t-il dit, que, si mon *présent Testament ne peut valoir pour tel, par quelque défaut de solennité, il vaille pour codicille ou pour donation à cause de mort, en telle sorte que ma volonté soit suivie et exécutée.*

» Objectera-t-on que, même dans cette espèce, un ancien arrêt du sénat de Chambéry, rapporté par le président Favre, en son Code, liv. 6, tit. 5, déf. 4, a jugé qu'un Testament nul comme Testament nuncupatif, ne pouvait pas valoir comme Testament écrit, quoiqu'il en contînt toutes les formalités?

» Mais cette décision, que le président Favre est presque forcé d'avouer être contraire au principe établi par la loi 3, D. *de testamento militis*, cette décision est combattue par un grand nombre d'arrêts plus récens, qui, même sans le secours de la clause codicillaire, ont admis la conversion d'une espèce de testament dans une autre.

» Le recueil de Dolive, liv. 5, chap. 5, nous en offre trois du parlement de Toulouse, des 15 mars 1631, 22 mai 1632 et 23 juillet 1644, qui ont fait valoir comme testamens nuncupatifs, des actes nuls comme Testamens écrits.

» La Peyrère, lettre T, n° 46, en rapporte un semblable du parlement de Bordeaux, du 5 septembre 1672.

» En voici un du parlement de Metz, du 12 septembre 1730, qui rentre plus particulièrement dans notre espèce.

» Lespéroux avait fait à Thionville un Testament écrit en entier et signé de sa main, et il l'avait déposé clos et cacheté entre les mains d'un notaire qui en avait dressé acte en

(1) J'aurais pu ajouter à l'autorité de Bannelier, celle de Henrys (liv. 5, quest. 3, tome 3, pag. 17, édition de 1772), qui entre dans des détails ultérieurs sur la question et la résoud de même.

Digitized by Google

presence de deux témoins, le tout conformément aux règles prescrites par la coutume du lieu pour les testamens mystiques.

» Après la mort du testateur, le Testament fut trouvé, non pas chez le notaire, *ce qui lui faisait perdre son caractère de Testament mystique* (1), mais dans le cabinet même du testateur, et cependant sain, entier et non décacheté.

» Question de savoir si cet acte devait être exécuté comme Testament olographe.

» L'arrêt cité, rendu sur la plaidoirie de Gabriel, qui le rapporte en son *Recueil d'observations détachées*, tome 2, page 610, a jugé pour l'affirmative.

» L'espèce suivante approche encore bien plus de la nôtre.

» Le 28 septembre 1747, Pierre Baron, domicilié à Saint-Rambert, dans le ci-devant Bugey (où, comme nous l'avons déjà observé, l'art. 126 de l'ordonnance de 1629 est dans toute sa vigueur), fait, écrit et signe de sa propre main, un testament qu'il qualifie de *mystique*, et qu'il cachète, mais auquel il néglige de faire apposer l'acte de suscription prescrit par l'art. 9 de l'ordonnance de 1735. Après sa mort, procès sur la validité de ce testament. *Il était* (dit Bannelier, tome 5, page 406) *sous une enveloppe dans la forme de testament mystique : il était contesté sous l'aspect de testament mystique ; eh bien ! On le dépouilla de l'enveloppe, on en fit abstraction, et il fut déclaré bon sous l'aspect d'olographe simple.* L'arrêt fut rendu au parlement de Dijon, le 1er août 1748; et nous voyons à la page 10 du *Supplément aux notes*, qui termine le 1er volume des observations de Raviot sur Perrier, que l'héritier *ab intestat*, s'étant pourvu au conseil contre cet arrêt, fut débouté de sa demande en mars 1751 (2).

» Ainsi, non-seulement le tribunal d'appel de Pau a violé ce que le demandeur appelle *la loi testamentaire*, en délarant *mystique* un testament que Dominique Casaubon avait fait et voulu faire dans la forme purement olographe; mais (dans la supposition que la coutume de Bayonne admît les dispositions purement olographes), en déclarant nul ce testament prétendu mystique et cependant revêtu de toutes les conditions requises dans une disposition olographe, il aurait encore violé un principe consacré par la loi 3, D. *de testamento militis*, par une disposition expresse de l'art. 126 de l'ordonnance de 1629, et par la jurisprudence la plus générale des ci-devant parlemens de droit écrit (1).

» Mais la supposition que nous avons faite jusqu'à présent, est-elle exacte? Est-il vrai que les Testamens purement olographes étaient admis, en 1789, dans la coutume de Bayonne? Est-il vrai, qu'en se décidant à cet égard pour la négative, le tribunal d'appel de Pau ait faussement interprété les dispositions de la coutume de Bayonne et violé celles de l'ordonnance de 1735? C'est la question que nous présente le 2e moyen de cassation du demandeur, et c'est à cette question que doit se rattacher tout ce qu'il nous reste à dire sur l'affaire qui fixe actuellement votre attention.

» Le demandeur ne disconvient plus devant vous, comme il le faisait en première instance, qu'avant l'ordonnance de 1735, les Testamens écrits et signés de la main du testateur, ne fussent sans effet dans la coutume de Bayonne, s'ils n'étaient revêtus d'un acte de suscription reçu par un notaire ou par deux témoins. Cela est d'ailleurs trop clairement démontré dans le jugement du tribunal d'appel de Pau, pour qu'il soit possible d'élever encore là-dessus la plus légère difficulté.

» Mais, suivant le demandeur, l'ordonnance de 1735 a dérogé sur ce point à la coutume de Bayonne; et, pour s'en convaincre, il suffit de comparer les art. 2, 4 et 5 du tit. 11 de cette coutume, avec les art. 19, 20, 47 et

---

(1) Il y avait de très-bonnes raisons pour soutenir le contraire (*V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Notaire*, §. 5, n° 6); mais c'était, comme l'atteste Gabriel, qui va être cité, un point sur lequel les parties étaient d'accord, probablement d'après l'usage du pays.

(2) Ces deux arrêts avaient été précédés d'un autre, bien plus remarquable encore, du parlement de Paris, que Brodeau, sur Louet, lettre T, §. 9, rapporte en ces termes : « par arrêt donné en la chambre des enquêtes, au rapport de M. Madelene, le » 28 juillet 1652, confirmatif de la sentence du sénéchal d'Auvergne, ou son lieutenant à Clermont, » du 23 septembre 1651, la cour a confirmé et déclaré valable et parfait le testament olographe fait » en la ville d'Aurillac par Philippe Sigier, secrétaire » et interprète du roi en langue Germanique, le » 26 août 1629, contenant en fin ces mots : *lequel* » *testament, pour corroboration de tout ce que* » *dessus, j'ai écrit et signé de ma main, icelui scellé* » *de trois sceaux, de mon cachet ordinaire, sur le* » *repli ; et après fait stipuler sur icelui, par un* » *notaire royal et sept témoins;* quoique le testateur n'eût appelé aucun notaire ni témoins; en conséquence de quoi les héritiers *ab intestat* soutenaient le testament nul et imparfait.....; j'avais » écrit au procès pour les intimés »

(1) Il y a fei, dans la troisième édition, une note importante dont le contenu se retrouve au 2e suivant.

Digitized by Google

dernier de l'ordonnance de 1735. D'une part, en effet, dit-il, l'art. 2 du tit. 11 de la coutume de Bayonne porte que *Testament fait devant notaire public, par lui rédigé en écrit, signé en présence de deux témoins, est bon et valable, soit par manière de Testament solennel ou nuncupatif.* Dans cet article, la coutume admet, en termes exprès, deux sortes de Testamens, le *nuncupatif* et le *solennel;* elle admet donc le Testament *mystique;* car tous les auteurs s'accordent à ranger le Testament *mystique* dans la classe des Testamens *solennels.* Par l'art. 4, la coutume va plus loin : elle déclare que l'on pourra tester, non seulement dans la forme mystique et nuncupative, mais encore dans la forme olographe. Voilà donc trois manières de tester reçues dans cette coutume : la forme olographe, la forme nuncupative et la forme mystique. Il est vrai que, par l'art. 5, la coutume exige, pour la validité du Testament olographe, qu'il soit endossé de la signature d'un notaire ou de deux témoins. Mais cette formalité extrinsèque qu'elle ajoute aux formalités constitutives du Testament olographe, n'était plus nécessaire en 1789; elle avait été abrogée par les art. 19, 20, 47 et dernier de l'ordonnance de 1735 : par l'art. 19, qui maintient l'usage des Testamens olographes dans tous les pays et les lieux où il a été admis jusqu'à présent; par l'art. 20, qui pour la validité des Testamens olographes, se contente qu'ils soient entièrement écrits, datés et signés de la main du testateur; par l'art. 47, qui veut que *toutes les dispositions de la présente ordonnance, concernant la forme des Testamens, soient exécutées à peine de nullité;* enfin, par le dernier article, qui abroge *toutes ordonnances, lois, coutumes, statuts et usages différens ou contraires aux dispositions contenues en la présente.*

» Tout ce raisonnement porte, comme vous le voyez, sur la supposition que la coutume de Bayonne admet trois sortes de Testamens, le nuncupatif, le mystique et l'olographe; et, nous devons en convenir, si cette supposition est vraie, les conséquences qu'en tire le demandeur, se trouveront parfaitement justes.

Mais examinons attentivement l'art. 2 du tit. 11 de la coutume, et bientôt nous reconnaîtrons la fausseté de cette supposition; bientôt nous demeurerons convaincus que la coutume n'admet pas de testament *mystique*, séparé de celui qu'il plaît au demandeur d'appeler *olographe.*

» Ce qui distingue essentiellement le testament mystique du Testament nuncupatif, c'est que le testateur peut, ou l'écrire lui-même, ou le faire écrire par un autre, en l'absence de l'officier public et des témoins, qui ne doivent intervenir que dans l'acte de suscription. L'art. 9 de l'ordonnance de 1735 est là-dessus bien formel; et sa disposition n'est, à cet égard, que l'écho littéral des lois romaines.

» Or, est-ce d'un Testament de cette espèce que parle l'art. 2 du tit. 11 de la coutume de Bayonne? Non; il ne parle que du Testament *fait devant un notaire public, et rédigé en écrit par cet officier, en présence de deux témoins,* c'est-à-dire, du testament nuncupatif écrit.

» Pourquoi donc, après avoir dit qu'un Testament fait dans cette forme, sera valable, l'article ajoute-t-il ces mots : *soit par manière de Testament solennel ou nuncupatif?* Pourquoi? Par une raison très-simple. Les lois romaines admettaient deux sortes de Testamens solennels non mystiques : le Testament nuncupatif proprement dit, ou, en d'autres termes, le Testament oral; et le Testament *in scriptis*, c'est-à-dire, le Testament qui était rédigé, sous la dictée du testateur, par une personne publique, en présence de sept témoins. La coutume abroge l'usage des dispositions purement orales, ou, ce qui est la même chose, des dispositions nuncupatives, des dispositions non écrites; mais elle veut que le Testament dont elle prescrit la forme, ait, dans son territoire, le même effet que les lois romaines attribuaient au Testament nuncupatif et au Testament *in scriptis;* et voilà pourquoi elle déclare qu'un Testament fait devant un notaire et *rédigé par lui en écrit*, vaudra, *soit par manière de Testament solennel* ou de Testament écrit devant une personne publique, soit *par manière de Testament nuncupatif* ou de Testament purement oral. C'est là, il est impossible d'en douter, tout ce que veut dire, tout ce que dit réellement la coutume dans l'art. 2; et encore une fois, il n'est point du tout question du Testament mystique dans cet article.

» Rien de plus facile, d'après cela, que de nous fixer sur la nature du Testament qu'elle autorise par les art. 4 et 5.

» Est-ce un Testament mystique proprement dit? Non, car le testateur est obligé de l'écrire lui-même; il ne peut pas le faire écrire par un autre.

» Est-ce un Testament purement olographe? Non encore, car il ne suffit pas, pour sa validité, que le testateur l'écrive, le date et le signe de sa propre main; il faut, de plus,

Digitized by Google

qu'il le fasse endosser de la signature d'un notaire ou de celles de deux témoins.

» C'est donc un Testament qui tient à la fois du caractère du Testament mystique et du caractère du Testament olographe; c'est donc un Testament mixte.

» Mais, quelle a été, sur cette manière de tester, l'influence de l'ordonnance de 1735? Cette ordonnance l'a-t-elle abrogée totalement? Ne l'a-t-elle conservée que comme Testament mystique? Ou bien l'a-t-elle maintenue comme Testament purement olographe? Le rédacteur de l'ordonnance elle-même va répondre à cette question.

» La coutume de Bourgogne, tit. 7, art. 8 et 9, admet deux manières de tester: l'une, pardevant deux notaires, ou pardevant un notaire et deux témoins; l'autre, *sous l'écriture et signature du disposant, auquel cas il sera tenu d'appeler un notaire et deux témoins, et déclarer, en leur présence, que le contenu en ladite écriture est la disposition de ses biens, qu'il entend avoir lieu, sans que ledit disposant soit tenu lire ou faire entendre le contenu en ladite disposition auxdits notaire et témoins, afin qu'elle demeure secrète; et sera, ladite déclaration, écrite et signée, tant par ledit notaire que témoins, au pied ou au dos de ladite écriture.* Ces dispositions quadrent parfaitement, comme vous le voyez, avec celles de la coutume de Bayonne; elles n'en diffèrent que par un plus grand développement sur le mode de leur exécution.

» Eh bien? Lorsque l'ordonnance de 1735 fut présentée au parlement de Dijon, pour y être enregistrée, les commissaires nommés par cette compagnie pour l'examiner, doutèrent si, par cette loi, il était dérogé à la forme de tester *sous l'écriture et signature du disposant*, telle qu'elle était réglée par la coutume, et si, en conséquence, les testamens purement olographes devraient, à l'avenir, être admis en Bourgogne, parti dans lequel ils voyaient beaucoup d'inconvéniens locaux; ou si, en les y maintenant, le législateur avait entendu qu'ils demeurassent simplement assujétis à la solennité d'un acte de suscription devant un notaire et deux témoins, ou enfin, si, dans cette même hypothèse, il avait voulu les faire revêtir d'un acte de suscription tel qu'il est prescrit par l'art. 9 de l'ordonnance.

» Ces doutes furent proposés au chancelier d'Aguesseau, avec prière de trouver bon que, pour les lever, il fût inséré dans l'arrêt d'enregistrement une clause de non-dérogation aux art. 8 et 9 du tit. 7 de la coutume.

» Que répondit le chancelier? Nous l'apprenons par sa lettre du 29 juillet 1736:

» *Je distinguerai deux sortes de dispositions de la coutume de Bourgogne: les unes, auxquelles le roi n'a pas eu la moindre pensée de déroger, parceque S. M. les a considérées comme appartenant plutôt au droit local qu'au droit romain en général, qui a été le principal objet de sa nouvelle ordonnance; les autres, qui doivent céder à l'autorité de cette loi, parce qu'elles font partie du même droit romain, qui, ayant reçu différentes interprétations dans ce qui regarde les testamens, a eu besoin que le roi y fît cesser une diversité de jurisprudence contraire au bien de la justice, pour rétablir dans les jugemens une parfaite uniformité de décision.*

» *Je mets, dans la première classe, la forme de tester telle qu'elle est réglée par les art.* 8 et 9 *du tit.* 7 *de la coutume de Bourgogne. Bien loin que l'ordonnance déroge à ces articles, on peut dire, au contraire, qu'elle les autorise. En effet, comme MM. les commissaires l'observent, la forme prescrite par votre coutume, a quelque chose de mixte, qui tient en partie de celle du testament olographe, et en partie de celle du testament secret ou mystique. Elle empêche, par conséquent, qu'on ne puisse dire que les testamens purement olographes, c'est-à-dire, ceux que la seule écriture, ou signature du testateur, rend valables, sans aucune autre formalité, sont reçus et autorisés dans le duché de Bourgogne.*

» *Il n'y a plus, après cela, qu'à lire l'art.* 19 *de la nouvelle ordonnance, et en faire une juste application. Cet article porte*: l'usage des testamens olographes continuera d'avoir lieu dans les pays et dans le cas où ils ont été admis jusqu'à présent; *or, comme je viens de le dire, les testamens purement olographes n'ont pas été admis en Bourgogne, puisqu'il ne suffit pas qu'un testament soit écrit et signé par le testateur, pour rendre sa disposition valable, et qu'il faut nécessairement y ajouter la forme d'une déclaration ou reconnaissance pardevant notaire; ainsi, l'art.* 19, *qui peut seul faire naître le doute de MM. les commissaires, suffit seul pour le résoudre.*

» *J'ajoute que si, dans votre province, on considère,* AVEC RAISON, *les Testamens olographes tels qu'ils y sont admis, comme participans à la forme du Testament mystique ou secret, le véritable esprit de la nouvelle ordonnance devient encore moins douteux sur ce point. D'un côté, la reconnaissance que votre coutume exige, approche fort de la déclaration qui doit être faite suivant l'art.* 9 *de la nouvelle ordonnance, par le testateur,*

Digitized by Google

lorsqu'il suit la forme mystique; de l'autre, l'art. 4 de la nouvelle loi porte expressément que les Testamens mystiques ou secrets continueront d'avoir lieu dans les pays de droit écrit et autres où cette forme de tester est autorisée par les statuts ou coutumes.

» *Ainsi, ce que la coutume de Bourgogne a emprunté de la forme du Testament mystique établie par le droit romain, subsiste en son entier; et, par conséquent, il est également vrai de dire que l'art. 19 de l'ordonnance ne déroge point à vos usages sur les Testamens olographes, et que l'art. 4 les autorise, au contraire, par la disposition générale qu'il contient.*

» D'après ces observations, le chancelier d'Aguesseau répond à la consultation que lui avaient faite les commissaires du parlement de Dijon, pour savoir si le gouvernement approuverait que, dans l'enregistrement de l'ordonnance de 1735, on insérât des réserves propres à conserver, en Bourgogne, la forme des Testamens olographes, telle qu'elle a été réglée par la coutume, et voici comment est conçue sa réponse : *Puisque, à cet égard, la nouvelle ordonnance ne déroge en aucune manière à la coutume de Bourgogne, comme je vous l'ai fait voir plus que suffisamment dans cette lettre, qui vous est un sûr garant des véritables intentions du roi, les réserves sur ce point seraient entièrement inutiles; et, dès le moment qu'elles auraient ce défaut, elles seraient, non-seulement indécentes, mais dangereuses, parcequ'elles supposeraient sans fondement que le roi aurait voulu déroger sans nécessité aux coutumes, sur les formalités qui sont du ressort de cette espèce de lois.*

» Éclairé par cette réponse sur la volonté du législateur, le parlement de Dijon enregistra l'ordonnance de 1735; et nous voyons, par la teneur de l'arrêt qu'il rendit à ce sujet, le 9 août 1736, qu'aucune réserve n'y fut insérée, concernant la forme des Testamens olographes.

» Aussi ne s'est-on jamais avisé, dans son ressort, de soutenir que l'ordonnance de 1735 eût affranchi les Testamens olographes de la nécessité d'un acte de suscription pour avoir leur effet; et il existe, entre autres, deux arrêts qui supposent bien manifestement le contraire.

» Le premier, que Sallé date vaguement de 1748, mais qui est réellement du 30 octobre 1747, a été rendu au conseil sur un Testament fait par Chartraire de Givry en faveur de Montigny, trésorier des états de Bourgogne. Ce Testament était en forme olographe, et on ne critiquait rien à son intérieur; mais l'acte de suscription, au lieu d'avoir été reçu par un notaire en présence de deux témoins, ainsi que le prescrit littéralement la coutume, l'avait été par deux notaires, ce que l'on prétendait revenir au même. L'héritier *ab intestat* soutenait, au contraire, qu'en fait de formes, la coutume n'admettait point d'équipollence; qu'avant l'ordonnance de 1735, les actes de suscription reçus par deux notaires, étaient nuls; que plusieurs arrêts l'avaient ainsi jugé; et que l'ordonnance de 1735 n'ayant dérogé en rien à la coutume sur cette matière, il fallait s'en tenir à l'ancienne jurisprudence. Effectivement, par l'arrêt cité, rapporté par Bannelier, tome 5, page 394, le Testament de Chartraire de Givry a été déclaré nul.

» Le second arrêt a été rendu au parlement de Dijon, le 8 mai 1760 : *il casse*, dit encore Bannelier, tome 8, page 245, *le Testament olographe de la demoiselle Pothier, sur le défaut de signature dans l'acte de suscription, quoiqu'elle eût signé la disposition secrète.*

» Et une chose bien remarquable pour notre espèce, c'est que le président Bouhier, qui écrivait, plusieurs années après la publication de l'ordonnance de 1735, qui même la cite et en discute plusieurs dispositions, n'hésite pas d'appliquer à la coutume de Bayonne, tous les développemens dans lesquels nous venons d'entrer relativement à celle de Bourgogne : *Ce qui vient d'être dit de notre coutume* (ce sont ses termes, chap. 28, n° 19), *doit être appliqué aux autres qui ont jugé à propos d'ajouter aux Testamens olographes, quelques formalités extrinsèques, comme sont celles de Berry, de* Bayonne *et de Tournai, car il n'y a pas de raison de différence; et comme elles n'ont permis l'usage des Testamens olographes, qu'à la charge de remplir ces formalités, les domiciliés dans ces coutumes, qui n'y satisfont pas, retombent dans le droit commun, lequel ne permet point cette forme de tester.*

» En voilà plus qu'il n'en faut pour justifier le jugement attaqué par le demandeur; et nous estimons, en conséquence, qu'il y a lieu de rejeter la requête en cassation ».

Ces conclusions ont été adoptées par arrêt du 28 thermidor an 11, au rapport de M. Vallée,

» Attendu, sur le premier moyen, que l'art. 5, titre 11, *des successions*, de la coutume de Bayonne, soumettant, pour la validité des Testamens dont il est parlé dans l'art. 4

Digitized by Google

précédent, ces mêmes Testamens à la formalité d'une suscription de deux témoins ou d'un notaire, il s'ensuit que les Testamens dont il est question dans ces articles, ne sont pas purement olographes, mais qu'ils sont mixtes, tenant également de la nature des testamens mystiques et de la nature des testamens olographes; que, dans l'espèce, Dominique Casaubon a disposé, par le Testament écrit, daté et signé par lui, sans que ce Testament soit souscrit au dos de la signature d'un notaire ou de deux témoins; qu'ainsi, en déclarant nul ce Testament, le jugement attaqué a fait une juste interprétation de la coutume de Baïonne;

» Sur le second moyen, que la disposition de la coutume de Baïonne étant un statut local, et l'ordonnance de 1735 n'ayant nullement dérogé, quant à ce, aux dispositions des statuts locaux, les contraventions aux dispositions de l'ordonnance ci-dessus dite, ne peuvent être justement alléguées dans l'espèce;

» Sur le troisième moyen, que, pour la validité de son Testament, le testateur est obligé de tester dans les formes voulues par les lois; que, comme dans l'espèce, le Testament n'est pas revêtu des formalités requises, on ne peut pas dire que la loi testamentaire ait été violée ».

II. Cet arrêt a, comme l'on voit, laissé indécise la question de savoir si le Testament mystique qui ne peut pas valoir comme tel, à raison de la nullité de l'acte de suscription dont il est revêtu, doit valoir comme olographe, lorsqu'il est entièrement écrit, daté et signé de la main du testateur; et l'on sent qu'il ne pouvait pas la décider, parceque la coutume de Bayonne ne permettait pas de donner au Testament dont il s'agissait l'effet d'un testament olographe.

Mais comment cette question doit-elle être résolue sous le Code civil?

M. Grenier, dans son *Traité des donations*, tome 1er, nº 276, soutient (d'après le principe de Ricard, et sans répondre aux raisons que j'ai données dans les conclusions rapportées au nº précédent, pour établir que les lois romaines sur lesquelles il le fonde, ne le justifient nullement) que le Testament nul comme mystique, ne peut pas valoir comme olographe, lors même qu'il est entièrement écrit, daté et signé de la main du testateur.

M. Toullier, dans son *Droit civil français*, liv. 3, tit. 2, chap. 5, nº 480, soutient, au contraire, d'après la maxime, ce qui abonde ne vicie point, « qu'un testament olographe, » entièrement écrit, daté et signé de la main » du testateur, ne devient pas nul, lors» qu'ayant été revêtu des formalités du tes» tament mystique, l'acte de suscription se » trouve annulé par un vice de forme ».

Ce qui m'étonne, c'est que, ni M. Grenier, ni M. Toullier n'aient parlé de l'art. 979 du Code civil, qui pourrait cependant paraître, à la première vue, décider la question dans le sens du premier, et condamner la jurisprudence antérieure à laquelle, comme on on l'a vu au nº précédent, l'art. 126 de l'ordonnance de 1629 prêtait un si puissant appui. Voici, en effet, comme s'exprime cet article, l'un de ceux qui roulent sur le testament mystique :

« En cas que le testateur ne puisse parler, » mais qu'il puisse écrire, il pourra faire un » testament mystique, *à la charge que le Tes» tament sera entièrement écrit, daté et signé » de sa main*, qu'il le présentera au notaire » et aux témoins, et qu'au haut de l'acte de » suscription, il écrira, en leur présence, que » le papier qu'il présente, est son Testament : » après quoi, le notaire écrira l'acte de sus» cription dans lequel il sera fait mention que » le testateur a écrit ces mots en présence du » notaire et des témoins; et sera, au surplus, » observé tout ce qui est prescrit par l'art. » 976 ».

L'objet de cet article, comme le prouve très-bien M. Toullier, nos 476 et 477, n'est certainement pas d'établir que le muet qui sait écrire, ne peut pas tester dans la forme purement olographe, mais uniquement de régler la manière dont il doit s'y prendre pour tester dans la forme mystique. Eh bien! La loi veut que, pour cela, le muet commence par écrire entièrement, dater et signer le Testament qu'il veut faire dans la seconde de ces formes, c'est-à-dire, par lui donner la forme d'un testament olographe; et non contente de ce préliminaire, qui pourtant suffirait pour assurer l'exécution de la volonté du testateur, s'il n'avait pas en vue la forme mystique, elle veut encore qu'il présente son Testament au notaire et aux témoins, qu'il en constate lui-même la présentation au haut de l'acte de suscription, et que cet acte soit d'ailleurs revêtu de plusieurs autres formalités. Et si quelqu'une de ces formalités est omise, quel sera le sort du testament? Il sera nul, répond l'art. 1001.

« Il sera nul (ai-je dit dans ma troisième édition)! Il ne vaudra donc pas comme testament olographe; et pourquoi la loi ne veut-elle point que, dans ce cas, il vaille comme

Digitized by Google

tel? C'est évidemment parcequ'elle ne considère le testament écrit, daté et signé de la main du muet, que comme un projet; qu'elle suppose au testateur l'intention de subordonner l'exécution de ce projet à l'accomplissement de toutes les formalités requises pour la perfection d'un testament mystique; en un mot, qu'elle adopte d'une manière absolue le principe de Ricard, et qu'elle dit avec Godefroy, sur la loi 14, *de testamentis*, au Code: *præsumitur testator justas solemnitates omittens, justæ, id est, solemnis voluntatis pœnituisse, et perlusorium actum facere voluisse.* Peu importe que l'omission des formalités qui manquent à l'acte de suscription, ne soit pas son fait propre et qu'elle provienne de l'inattention du notaire: le fait du notaire est, à cet égard, le fait du testateur. Le testateur n'est pas censé ignorer que le notaire a omis des formalités essentielles au genre de Testament qu'il a adopté; et par cela seul qu'il les laisse omettre ou qu'il n'en fait pas réparer immédiatement l'omission, il est censé avoir abandonné son projet de tester. Cela paraît manifestement résulter de la combinaison de l'art. 1001 avec l'art. 976.

» Peut-être eût-il été plus raisonnable d'adopter la distinction que propose l'auteur de la *Jurisprudence de la cour supérieure de Bruxelles*, année 1815, page 244, entre le cas où l'imperfection du testament mystique proviendrait du fait du testateur, et le cas où elle n'en proviendrait pas. *Un exemple* (dit-il) *expliquera mieux notre idée. Un testateur écrit, date et signe son Testament qu'il veut faire dans la forme mystique. Il le présente clos et scellé au notaire et aux témoins, et remplit, quant à lui, toutes les formalités que la loi lui impose. Il est indubitable que ce testateur a voulu faire un Testament en bonne forme. Si l'acte de suscription est nul par la faute du notaire ou des témoins, le Testament vaudrait comme olographe, par le motif que le testateur qui écrit, date et signe son testament mystique, et qui le confirme entre les mains d'un homme public, peut être présumé avoir voulu cumuler les deux formes, pour mettre ses volontés dernières à l'abri de toute attaque; présomption autorisée par la loi* 3, *D.* de testamento militis. *Mais si ce testateur, après avoir écrit, daté et signé son testament mystique, ne le présente point à un notaire, et qu'il le laisse néanmoins subsister; en ce cas, la présomption de la loi romaine n'a plus la même forme; elle manque par sa base; il n'est plus certain que le testateur ait voulu faire un Testament valable dans une forme quelconque; en ne le présentant point au notaire, il paraît qu'il doit être présumé l'avoir abandonné dans les termes d'un projet; car, en faisant un testament mystique, il annonce la volonté bien prononcée d'en confirmer le contenu pardevant notaire; et en n'exécutant point cette volonté, il semble qu'il doit être censé y avoir renoncé. Mais, dira-t-on, il l'a laissé subsister. Qu'importe? Il a pu n'y voir qu'un projet. Combien de projets non réalisés restent sans voir le jour! Si, d'un côté, le testateur pouvait manifester son intention par la suppression de l'écrit qu'il avait destiné à devenir son testament mystique, de l'autre, ne pouvait-il pas faire connaître son intention contraire, en convertissant lui-même, d'un seul mot, son testament mystique en testament olographe? Au milieu de ce doute, ne doit-on pas suivre la présomption établie par Godefroy, sur la loi* 14, C. de testamentis, *et dire avec ce jurisconsulte:* tolerabilius est inutilem reddi testatoris voluntatem, quàm aliquid admitti quod adversùs ejus voluntatem faciat?

» Je le répète, le Code civil eût peut être dû adopter cette distinction; mais loin de l'adopter, il l'a rejetée formellement, puisque la nullité que prononce l'art. 1001, s'applique indistinctement à l'omission de toutes les formalités prescrites par l'art. 979, et qu'elle ne frappe pas moins sur le cas où des formalités essentielles ont été omises dans l'acte de suscription, qu'à celui où il n'y a pas même eu d'acte de suscription dressé, qu'à celui où le testateur n'a pas présenté à un notaire assisté de témoins en nombre légal, le Testament qu'il avait entièrement écrit, daté et signé de sa main ».

Voilà comment je raisonnais dans ma troisième édition, d'après la combinaison de l'art. 1001 avec l'art. 976 du Code civil. Mais je n'ai pas tardé à reconnaître que je m'étais complètement trompé, et je me suis réfuté moi-même dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Testament*, sect. 2, §. 4, art. 4.

Je crois cependant que, dans l'application de la doctrine que j'y ai établie, on doit faire, entre les DEUX CAS dans lesquels notre question peut se présenter, une distinction qui n'a encore été indiquée par aucun auteur ni par aucun arrêt, mais qui me paraît dériver de la nature même des choses, c'est-à-dire, entre le cas où le testateur, en écrivant, datant et signant de sa main ses dernières dispositions, a manifesté clairement l'intention d'en faire un testament mystique, soit en leur en donnant la dénomination expresse, soit en annonçant qu'il se proposait de les faire revêtir d'un acte solennel de suscription; et le cas où il les

Digitized by Google

a purement et simplement écrites, datées et signées de sa main, sans y rien ajouter qui puisse raisonnablement porter à croire qu'il voulait, en ce moment, les faire revêtir des formes particulières au testament mystique.

Dans le premier cas, nul doute que le Testament ne puisse, sans violer aucune loi, être jugé valable comme olographe, quoique le testateur l'ait laissé imparfait comme testament mystique, c'est-à-dire, quoiqu'il ne l'ait pas fait revêtir d'un acte de suscription, ou que l'acte de suscription dont il l'a fait revêtir, se trouve nul. Cela résulte, comme je l'ai établi dans les conclusions transcrites au n° précédent, du principe écrit dans la loi 3, D. *de testamento militis;* et c'est ce qu'ont jugé, non seulement, sous l'ancienne jurisprudence, l'arrêt du parlement de Paris, du 26 juillet 1652, rapporté ci-dessus en note, mais encore, sous le Code civil, deux arrêts rendus, l'un par la cour supérieure de justice de Bruxelles, l'autre par la cour royale de Bastia, et dont voici les espèces.

Parmi les papiers qu'avait laissés, à sa mort en 1812, le sieur François-Joseph Chamot, prêtre, s'était trouvée une enveloppe non cachetée ayant pour suscription ces mots : « Ici » sont contenues mes dernières volontés en » forme de testament mystique ou secret, se» lon que la loi le permet ».

Sous cette enveloppe était renfermé un Testament entièrement écrit, daté et signé de la main du sieur Chamot. Il débutait ainsi : « Je » fais mon Testament écrit de ma main, con» tenant mes dispositions de dernière volonté » en la manière suivante, pour avoir lieu à » titre et sous la forme de testament mysti» que ou secret ». Et immédiatement après sa signature, le testateur avait ajouté : « Désig» nant M. Campain pour en délivrer des co» pies à qui en demandera ».

Les héritiers *ab intestat* ont demandé la nullité de ce Testament, par la raison que le défunt ne lui avait pas donné la forme mystique, après y avoir exprimé l'intention de tester dans cette forme.

L'affaire portée au tribunal de première instance de Charleroy, jugement qui déclare le Testament valable,

« Attendu que le Code civil ne prescrit pas au testateur l'obligation de faire mention qu'il a voulu faire un testament olographe ;

» Que d'ailleurs, ces expressions du Testament du sieur Chamot, *écrit de ma main,* ont le même sens qu'*olographe ;*

» Que le testateur ayant rempli toutes les formes voulues pour le testament olographe, il faut plutôt s'attacher à la substance qu'aux mots, et recourir à la volonté présumée du testateur, plutôt que d'inférer d'un seul mot, d'une fausse dénomination, que le testateur ait voulu suspendre ses dispositions jusqu'à la confection de l'acte de suscription ;

» Qu'il est apparent que le testateur ne connaissait pas la valeur du mot *mystique,* et qu'il lui a donné la même signification qu'au mot *secret* auquel il est joint, sans vouloir, par là, placer son Testament dans la classe des testamens mystiques proprement dits ;

» Que, si le testateur avait eu l'intention de revêtir son Testament de la formalité de la suscription par un notaire, il aurait eu tout le temps de le faire depuis le 28 septembre 1812, date du Testament, jusqu'à l'époque de sa mort, arrivée le 30 décembre de la même année ;

» Que, si le testateur avait changé de volonté, il n'aurait pas laissé subsister son Testament ;

» Que l'enveloppe non cachetée qui renfermait le Testament et surtout la suscription de la main du testateur eussent été inutiles, si le testateur avait eu l'intention de faire un testament mystique ;

» Que l'on trouve à la fin du Testament ces mots : *Je déclare que toutes les dispositions ci-dessus sont faites sans induction ni suggestion de personne, mais de ma libre et propre volonté ; me dessaisissant dès-à-présent, pour l'époque de mon décès ;* que cette clôture fait assez sentir la volonté du testateur de faire son Testament dès-lors, sans le faire dépendre de la suscription d'un notaire ;

» Que, dans la supposition que le Testament fût mystique, qu'il fût revêtu d'un acte de suscription par un notaire, mais qu'il ne pût valoir comme tel, par un défaut de forme dans l'acte de suscription, il pourrait néanmoins valoir comme testament olographe, puisqu'il contient tout ce qui est requis pour ce genre de Testament, et qu'on doit faire valoir dans la forme que le testateur a suffisamment remplie, le Testament qu'il avait d'abord annoncé vouloir faire dans une autre forme qu'il a laissée imparfaite ;

» Que le Code civil ne dit pas qu'un Testament nul dans une forme, ne peut être converti en Testament d'une autre forme ».

Les héritiers *ab intestat* ont appelé de ce jugement à la cour supérieure de justice de Bruxelles ; mais par arrêt du 11 mars 1815,

« Considérant que, fût-il vrai que le prêtre Chamot eût eu l'intention d'exprimer ses volontés dernières dans la forme mystique, il

Digitized by Google

est néanmoins certain que l'acte du 28 septembre 1812 dont s'agit au procès, ayant été écrit en entier, daté et signé de sa main, est valable comme testament olographe, à moins d'établir qu'il ne serait qu'un simple projet;

» Considérant que, loin que ce fait soit établi au procès, toutes les circonstances le repoussent et prouvent que le testateur, en qualifiant son Testament de *secret* et de *mystique*, a attribué à ces termes une signification qu'il leur donnait par opposition à ceux d'*authentique* et *public*, et n'a nullement entendu s'en servir dans le sens de la loi; et que, dans le fait, c'est olographiquement qu'il a testé;

» Pour le surplus, adoptant *aucuns des motifs* du premier juge, la cour met l'appel au néant, avec amende et dépens ».

Le 9 germinal an 12, Antoine Grimaldi écrit, date et signe de sa main, un Testament qu'il qualifie de mystique, et qu'il fait ensuite revêtir d'un acte de suscription.

Après sa mort, son héritier naturel relève, dans l'acte de suscription, des irrégularités qui le vicient, et il part de là pour demander que le Testament soit déclaré nul.

Jugement qui accueille sa prétention.

Mais sur l'appel à la cour royale de Bastia, arrêt du 14 mars 1822, par lequel,

« Considérant que c'est pour éviter toute surprise, et ne laisser aucun doute sur la volonté du testateur, que la loi a prescrit des formalités pour l'émanation des dispositions testamentaires; que, dès qu'une de ces formalités est omise dans une disposition à cause de mort, la volonté du testateur n'est plus certaine et l'acte est rejeté par la loi;

» Considérant que, dans le Testament d'Antoine Grimaldi, en date du 7 germinal an 12 (20 mars 1804), toutes les formalités exigées pour le Testament olographe par l'art. 970 du Code civil, ont été remplies, puisque le testateur a écrit lui-même, daté et signé son Testament, et que, dès-lors, cet acte présente toutes les garanties dont la loi a voulu entourer les dispositions testamentaires, et ne laisse aucune incertitude légale sur la volonté du testateur;

» Que, si le testateur Grimaldi a cru ou voulu faire un Testament mystique, s'il a employé cette qualification, s'il a présenté son Testament au notaire *ad majorem securitatem*, cette précaution, de sa part, n'a fait qu'ajouter un degré de plus à l'authenticité de son Testament par le dépôt qu'il en a fait entre les mains d'un officier public; et l'omission qu'a faite cet officier d'une des formalités requises pour les testamens mystiques, ne fait qu'annuler l'acte de suscription, mais ne change rien au caractère d'olographe qu'a son Testament, puisqu'il est revêtu de toutes les formalités requises pour ces sortes de Testamens; et qu'ainsi, Grimaldi a fait en réalité un véritable Testament olographe qui, aux termes de l'art. 970 du Code civil, est inattaquable; que, si Grimaldi n'a point inséré dans son Testament la clause *valeat omni meliore modo quo valere poterit*, l'omission de cette clause, qui n'est exigée par aucune loi, ne peut changer la nature et la substance de ce Testament, étant hors de doute que Grimaldi n'ait voulu tester, et n'ait manifesté l'intention que sa volonté fût exécutée, et il suffit, pour que cette exécution soit assurée, qu'elle se soit manifestée dans une des formes voulues par la loi;

» Que telle est l'opinion de plusieurs jurisconsultes, fondée sur la loi 3, D. *de testamento militis*, et entre autres, de Henrys, liv. 3, quest. 3; de MM. Merlin, *Questions de droit*, au mot *Testament*, et Toullier; de Bannelier, dans ses notes sur le *Traité des Testamens* de Davot, tome 6, page 200; du *Nouveau parfait notaire*, liv. 1er, chap. 6, page 24;

» Que, quoique, dans l'espèce de l'arrêt de la cour d'appel d'Aix, invoqué par les appelans (1), il y eût dans le Testament attaqué la clause *valeat* etc., on voit par les motifs, que les juges qui maintinrent le Testament, ne se fondèrent pas principalement sur cette circonstance;

» La cour infirme le jugement du tribunal de Bastia du 2 juin 1820, qui annulle le Testament attaqué, etc.; et par nouveau jugement, rejette la demande des intimés en nullité du Testament en question (2) ».

Mais si ces deux arrêts, au lieu de juger valables les Testamens dont il s'agit, les eussent déclarés nuls, comme dénués des formes mystiques dont les testateurs avaient annoncé, en les rédigeant, qu'ils se proposaient de les revêtir, et par conséquent comme imparfaits, aurait-ils pu être cassés pour violation de l'art. 970 du Code civil?

Non, car cet article dit bien que le testament olographe *n'est assujéti à aucune autre forme* que d'être entièrement écrit, daté et signé de la main du testateur; mais il ne le

(1) C'est l'arrêt du 18 janvier 1818, dont il est parlé ci-après, sur le *second cas*.

(2) M. Dalloz, aux mots *Dispositions entre-vifs et testamentaires*, chap. 6, sect. 5, art. 7.

Digitized by Google

dit que par rapport au Testament que le testateur a voulu faire dans la forme purement olographe, et dont il a fait dépendre la perfection de cette seule forme. Or, de savoir si, lorsque le testateur a annoncé, en écrivant, datant et signant de sa main ses dernières dispositions, qu'il se proposait de les faire revêtir des formes mystiques, il a entendu faire, de l'observation exacte de ces formes, la condition *sine quâ non* de l'effet de ses dernières dispositions, ou si, ce qui est bien plus raisonnable, son seul objet a été d'épargner à ses légataires l'embarras de prouver, en cas de dénégation, que c'est lui-même qui les a écrites, datées et signées, et si, par suite, il a entendu qu'elles seraient exécutées, même dans le cas où les formes mystiques seraient entièrement omises, comme dans celui où elles ne seraient pas valablement remplies, c'est une simple question de volonté, et par conséquent une question pour la solution de laquelle le juge n'a plus à consulter, ni la loi 3, D. *de testamento militis*, ni l'art. 126 de l'ordonnance de 1629, qui sont aujourd'hui dépouillés de tout caractère législatif, mais seulement une clause testamentaire dans l'interprétation de laquelle il peut errer impunément.

Dans le second cas, non seulement le juge *peut*, comme dans le premier, sans s'exposer au risque de violer aucune loi, déclarer valable, comme olographe, le Testament que le testateur, après l'avoir écrit, daté et signé purement et simplement de sa main, a fait revêtir d'un acte irrégulier de suscription; mais c'est pour lui une obligation stricte et rigoureuse, et il violerait ouvertement l'art. 970 du Code civil, s'il prononçait autrement.

En effet, aux termes de cet article, il y a nécessairement testament olographe, et testament olographe parfait, là où il y a écriture, date et signature de la main du testateur disposant d'une manière absolue et sans y insérer un seul mot qui décèle, de sa part, l'intention de subordonner l'efficacité de ses dispositions à l'observation de formes ultérieures. Cet article serait donc nécessairement violé par le jugement qui annullerait un pareil Testament, sous le prétexte que le testateur, après lui avoir donné toute sa perfection, l'a fait revêtir, soit le même jour, soit le lendemain, soit même beaucoup plus tard, et au bout de dix ou vingt ans, d'un acte de suscription qui se trouve irrégulier.

Que ferait le juge qui se permettrait de prononcer ainsi? Il créerait dans un Testament parfait et subsistant par soi, une condition dont cet acte ne contient pas même l'ombre; et il la créerait par une présomption qu'il ferait résulter de ce que le Testament a été suivi d'un acte de suscription qui, s'il eût été régulier, l'aurait converti en testament mystique. Mais, d'une part, cette présomption, que la raison désavoue, n'est sûrement pas *établie par la loi*. D'un autre côté, une présomption non établie par la loi, peut-elle, lors même qu'elle n'a rien que de raisonnable, autoriser le juge à suppléer, dans un Testament, une condition, une clause quelconque dont cet acte ne lui fournit pas les élémens matériels et physiques? Non certes, car on ne serait pas admis à prouver par témoins que cette condition, cette clause a été voulue par le testateur; et l'art. 1353 du Code civil nous dit, en toutes lettres, que les présomptions non établies par la loi, ne peuvent être admises, quelque graves, quelque *précises*, quelque *concordantes* qu'elles soient, *que dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale*.

Quelle différence y a-t-il d'ailleurs entre le cas où le testateur, après avoir donné toute sa perfection à son testament olographe, le présente à un notaire et à six témoins, pour le convertir en testament mystique, et le cas où il en renouvelle et dicte toutes les dispositions, soit à deux notaires en présence de deux témoins, soit à un notaire en présence de quatre témoins, pour le convertir en Testament par acte public? Aucune, absolument aucune. Or, qui est-ce qui oserait soutenir que, dans le second de ces deux cas, la nullité du Testament par acte public, devrait emporter la nullité du testament olographe, sous le prétexte qu'en faisant succéder celui-là à celui-ci, le testateur aurait manifesté l'intention de faire dépendre l'effet de celui-ci de la validité de celui-là? Je ne crains pas de le dire, personne. Et comment, dès-lors, pourrait-on raisonnablement soutenir que, dans le premier cas, le testament olographe, valable dans son principe, est vicié, après coup, par les nullités dont se trouve entaché l'acte de suscription?

» On l'a cependant soutenu plusieurs fois, d'abord, dans une espèce où une circonstance particulière venait encore se joindre aux principes généraux pour pulvériser ce système.

Le 14 août 1808, le sieur de Bréchard fait un Testament en forme olographe. Quelque temps après, il le revêt d'une enveloppe sur laquelle il écrit ces mots : *Testament olographe ou ordonnance de dernière volonté de Louis-François de Bréchard d'Achens, pour n'être ouvert qu'après son décès*; et il le

Digitized by Google

présente, en cet état, à un notaire et six témoins. Le notaire paraphe cette enveloppe et dresse, pour en constater la présentation et le dépôt, un acte qui contient toutes les formalités prescrites par l'art. 976 du Code civil, sauf qu'il est écrit, non sur l'enveloppe même, mais sur un papier séparé, circonstance qui, aux termes de l'art. 976 même, en emporte la nullité.

Après la mort du sieur de Bréchard, ses héritiers attaquent le Tsstament, et soutiennent que, d'après la présentation que le défunt, après l'avoir mis sous enveloppe, en a faite lui-même à un notaire, en présence de témoins, pour le faire revêtir d'un acte de suscription, ce n'est que comme mystique qu'on peut le considérer.

Le 14 août 1812, jugement qui, adoptant ce moyen, déclare le Testament nul.

Mais sur l'appel, arrêt de la cour de Bourges, du 10 août 1813, qui le déclare valable comme olographe, « attendu qu'il renferme » toutes les formalités exigées pour les Testa- » mens de cette espèce, et que, bien que la » plupart des formes prescrites pour les tes- » tamens mystiques, y aient été suivies, ce » n'est pourtant point un Testament de cette » dernière espèce que le sieur de Bréchard a » eu l'intention de faire; qu'en effet, il l'a » qualifié lui-même de *Testament olographe* » sur l'enveloppe dont il est revêtu; et que » ce n'est point sur cette enveloppe, mais » sur un papier séparé, que l'acte de dépôt » en a été dressé ».

Les héritiers *ab intestat* se pourvoient en cassation; mais par arrêt du 6 juin 1815, au rapport de M. Rousseau,

« Attendu qu'en déclarant olographe le Testament dont il s'agit, quoique le testateur, lors du dépôt qu'il en a fait, se soit servi de quelques formes qui appartiennent aux testamens mystiques, la cour d'appel n'a fait qu'apprécier l'acte de dernière volonté et l'intention du testateur, ce qui ne peut former ouverture à cassation....;

» Par ces motifs, la cour rejette le pourvoi... ».

La manière dont cet arrêt était motivé, ne permettait sans doute pas d'en étendre la décision hors de son espèce. Aussi la question s'est-elle représentée trois ans après, devant la cour royale d'Aix, dans un cas où elle ne pouvait être jugée qu'en thèse; et elle l'a été effectivement en faveur du testament olographe parfait et valable en soi, quoique suivi d'un acte de suscription nul, par un arrêt du 18 janvier 1818, rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Testament*, sect. 2, §. 4, art. 4.

Mais, quatre ans après, la cour royale de Poitiers a confirmé, en ces termes, un jugement de première instance qui s'était prononcé pour le système que je combats :

« Considérant que l'art. 969 du Code civil reconnaît trois espèces principales de Testamens, dont le Code civil indique la forme par les art. 970, 971 et 976;

» Considérant que, si tout individu peut faire telle espèce de Testament qu'il lui plaît de choisir, il ne peut en cumuler deux ensemble pour donner effet à l'un à défaut de l'autre, aucune loi n'ayant établi cette forme de disposition (1);

» Considérant que Bellorde-Beaupréau ayant fait, le 23 août 1821, des dispositions écrites, datées et signées de sa main, les ayant closes et scellées sous une enveloppe, et ayant appelé, le même jour, un notaire et six témoins pour le revêtir d'un acte de suscription, il a voulu faire un testament mystique; ces formes ne convenant qu'à cette espèce de Testament, et non à aucune des deux autres;

» Considérant que, de ce qu'il a entièrement écrit, daté et signé de sa main ses dispositions testamentaires, on ne peut pas prétendre qu'il a fait un testament olographe, puisque les dispositions écrites et signées de la main du testateur sont, d'après l'art. 976, une des parties constitutives du testament mystique;

» Considérant que ce qui ne peut laisser aucun doute sur l'intention qu'a eue Bellorde-Beaupréau d'adopter la forme du testament mystique, c'est qu'il a déclaré lui-même au notaire et aux témoins, dans l'acte de suscription, qu'il avait clos et cacheté l'enveloppe de son Testament conformément à la loi, n'y ayant que le Testament mystique pour lequel le Code civil, art. 976, exige que l'enveloppe du Testament soit close et cachetée; l'art. 970 disant d'ailleurs, *in fine*, que le testament olographe n'est assujéti à aucune autre forme, l'addition d'une nouvelle forme est une présomption que le testateur n'a pas voulu choisir, celle du testament olographe;

» Considérant que l'art. 976 dispose que *le testateur qui voudra faire un testament*

(1) Ne suffit-il pas qu'aucune loi ne l'a prohibées? Et n'est-ce pas, dès-lors, le cas de la maxime, *utile non vitiatur per inutile?*

Digitized by Google

mystique, présentera le papier qui contiendra ses dispositions, ou le papier qui servira d'enveloppe au notaire et à six témoins au moins qu'il *déclarera que le contenu en ce papier est son Testament*, que *le notaire en dressera l'acte de suscription*; qu'il suit de ces dispositions que le testateur est tenu de remplir deux formalités : celle de présenter son Testament au notaire et aux témoins, et celle de déclarer que le papier qu'il présente est son Testament; qu'il en suit encore que le notaire est tenu de constater, dans l'acte de suscription, que ces deux formalités ont été remplies;

» Que le testament mystique a été environné ainsi du plus grand appareil, parcequ'il s'agit, non seulement de garantir la liberté des testateurs, mais encore de constater l'identité de l'écrit contenant leurs dispositions et de celui sur lequel on dresse l'acte de suscription;

» Considérant que l'art. 1001 a prononcé la peine de nullité, si les formalités auxquelles les divers Testamens étaient assujétis, n'étaient pas observées;

» Que cependant il était de jurisprudence constante que les termes du Code, pour constater la présentation faite au notaire et aux témoins, n'étaient point sacramentels; mais qu'il fallait au moins que le fait de la présentation pût s'induire clairement du contexte de l'acte de suscription, et qu'il ne pût rester aucun doute qu'elle avait eu lieu;

» Considérant que de l'acte de suscription du Testament de Bellorde-Beaupréau, il ne résulte point que l'enveloppe contenant son Testament, ait été par lui présentée au notaire et aux témoins, et ait passé de sa possession dans celle du notaire;

» Considérant que de ce que l'acte de suscription porte que Bellorde-Beaupréau a déclaré au notaire, en présence des témoins, que le *papier contenu sous cette enveloppe*, contenait son Testament, on ne peut pas induire du pronom *cette* que la présentation exigée par la loi, ait été faite par le testateur au notaire et aux témoins; qu'ainsi, l'on peut admettre la possibilité de la substitution d'un autre Testament à celui que le testateur voulait faire revêtir de la forme mystique;

» Que la formalité de la présentation a eu pour objet, dans l'esprit du législateur, d'empêcher cette possibilité; que c'est dans ces sages vues qu'il a prononcé la peine de nullité, que les magistrats sont tenus d'appliquer, lorsque cette formalité de la présentation n'est pas légalement constatée;

» Considérant qu'il est de principe admis dans toutes les législations, qu'un Testament doit être parfait dans la forme choisie par le testateur;

» Que Bellorde-Beaupréau ayant manifesté clairement qu'il adoptait la forme mystique, il a dû se conformer aux règles prescrites pour cette espèce de Testament;

» Qu'un testament mystique se composant de l'écrit contenant les dispositions du testateur et de l'acte de suscription fait par le notaire, l'on ne peut pas séparer ces deux actes l'un de l'autre; qu'il forme un tout indivisible, puisqu'ils sont deux élémens essentiels du testament mystique; que les dispositions écrites, datées et signées de la main du testateur, ne sont plus un testament olographe, dès qu'elles sont revêtues d'un acte de suscription, mais qu'elles contractent la nature du testament mystique; que, dès-lors, le sort de ces dispositions est régi par le sort de l'acte de suscription, de sorte que la nullité de celui-ci entraîne nécessairement la nullité de celui-là, attendu qu'ils ne sont qu'un seul et même acte;

» Considérant, d'ailleurs, que Bellorde-Beaupréau n'a point eu l'intention de faire exécuter ses dispositions écrites isolément et comme testament olographe, puisqu'il ne l'a fait entendre d'aucune manière, et qu'il les a subordonnées au contraire à la validité de l'acte de suscription, en voulant que cet acte devînt le complément de ses dispositions;

» Qu'ainsi, ces dispositions, ne pouvant recevoir aucun effet comme testament olographe, forment un testament mystique, et deviennent nulles par la nullité de l'acte de suscription dont elles étaient inséparables;

» Par ces motifs, la cour a mis l'appellation au néant; ordonne que ce dont est appel sortira son plein et entier effet, et condamne les appelans en l'amende et aux dépens (1) ».

Que serait devenu cet arrêt, s'il eût été déféré à la cour de cassation? Je ne doute pas qu'il n'eût dû être cassé, et tout me porte à croire qu'il l'aurait été effectivement. Ce qu'il y a du moins de certain, c'est qu'il n'a pas fait jurisprudence, et que deux autres cours royales ont embrassé depuis l'opinion qui avait prévalu, dans celle d'Aix, le 18 janvier 1818.

Le 20 août 1821, le sieur de Grammont écrit, date et signe de sa main un Testament

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1825, 2e partie, page 66.

Digitized by Google

qu'il présente ensuite à un notaire et six témoins pour le revêtir d'un acte de suscription.

Des nullités se glissent dans cet acte; et de là naît, après la mort du testateur, la question de savoir si le Testament, nul comme mystique, doit valoir comme olographe.

Jugement qui adopte l'affirmative.

Appel à la cour royale de Caen, et par arrêt rendu en audience solennelle, le 26 janvier 1826,

« Considérant que le législateur a fixé les règles générales sur la forme des Testamens par la sect. 1re du chap. 5 *des dispositions testamentaires* au Code civil; que le testament olographe, pour être valable, n'est assujeti à aucune autre forme, aux termes de l'art. 970 dudit Code, qu'à celle d'être écrit en entier, daté et signé de la main du testateur; que, lorsque le testateur veut faire un Testament mystique ou secret, il lui suffit, aux termes de l'art. 976, d'écrire lui-même ses dispositions ou de les faire écrire par un autre et de les signer; qu'il n'est pas même privé du droit de disposer, par un testament mystique ou secret, lorsqu'il ne sait ou ne peut signer, d'après l'art. 977, sauf, dans ce dernier cas, à faire appeler à l'acte de suscription prescrit par l'art. 976, un témoin, outre le nombre porté par ce dernier article; que, dans ces divers cas, la loi n'exigeant point que le papier contenant les dispositions du testateur soit daté, il est évident qu'un acte de cette nature, non daté, ne pourrait valoir comme Testament si l'acte de suscription était nul; qu'il en serait de même si l'acte, quoique daté, n'était pas écrit et signé de la main du testateur;

» Considérant, dans l'espèce de la cause, que l'acte dont il s'agit au procès, n'est point un papier contenant les dispositions de l'abbé de Grammont, dans le sens de l'art. 976 du Code civil, mais bien un véritable Testament olographe dans la forme prescrite par l'art. 970, auquel le testateur aurait voulu ajouter la forme du testament mystique, pour prévenir les événemens qui auraient pu empêcher l'exécution de ses dispositions, sans cependant qu'elles pussent cesser d'être secrètes; que, dans cet état de choses, la nullité de l'acte de suscription enlève bien à l'acte dont il s'agit les avantages attribués par la loi au testament mystique, mais ne peut lui enlever son caractère de testament olographe....;

» La cour met l'appellation au néant... (1)».

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1828, 2e partie, page 245.

Le 28 février 1827, autre arrêt de la cour royale de Dijon, qui, en réformant un jugement du tribunal de première instance de Châlons-sur-Saône, décide également qu'un Testament écrit, daté et signé de la main du sieur Gauthey, devait avoir son plein effet, quoique l'acte de suscription dont il l'avait fait revêtir pour lui donner la forme mystique, fût nul; et qui le décide,

« Attendu qu'en présentant un Testament à un notaire pour le faire revêtir des formes d'un testament mystique, le testateur ne peut avoir d'autres intentions que celles d'assurer la conservation de ses dispositions, de les tenir secrètes et de leur donner un caractère d'authenticité; qu'il est impossible de supposer que sa volonté ait été de subordonner la validité de son Testament à l'accomplissement de telle ou telle formalité; que l'on doit, au contraire, penser qu'il n'a eu d'autre objet que de disposer d'une manière qui pût avoir son exécution;

» Que, d'après ces considérations, la loi romaine validait le Testament militaire auquel le testateur avait ajouté des solennités insuffisantes pour un Testament ordinaire, d'après cette maxime : *nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda judicia sua* (loi 3, D. *de testamento militis*);

» Qu'inutilement on opposerait l'ancienne jurisprudence, fondée sur la loi dernière, C. *de codicillis et de fideicommissis*, d'après laquelle un Testament qui n'était revêtu que des formes prescrites pour le codicille ne pouvait valoir comme un simple codicille; qu'en effet, le Testament et l'institution d'héritier qu'il devait contenir, avaient, par rapport à la transmission des biens, des effets très-différens de ceux que produisait un simple codicille; qu'il suit de là que rien n'autorisait à transformer un Testament nul en un codicille, parceque c'eût été substituer une disposition à la place d'une autre, et que rien n'indiquait que telle eût été la volonté du testateur, lorsqu'il ne s'était pas servi de la clause appelée *codicillaire*;

» Que les dispositions d'un testateur restant les mêmes et produisant les même effets sur les biens de sa succession, soit que le Testament ait la forme mystique, soit qu'il ne présente que celle d'un acte olographe, on ne peut trouver un motif raisonnable d'annuler le Testament olographe dans l'intention première du testateur;

» Qu'en envisageant la question sous un autre point de vue, on arrive encore au même résultat : que l'on ne peut admettre que le Testament et l'acte de suscription forment un

Digitized by Google

tout tellement indivisible que la nullité de celle-ci entraîne, dans tous les cas, la nullité de l'autre;

» Que l'acte de suscription et les opérations matérielles qui l'accompagnent, ont pour objet, d'une part, de constater légalement qu'un Testament a été présenté, et que celui trouvé sous l'enveloppe est le même que celui qui a été présenté; d'une autre part, de prendre toutes les précautions nécessaires pour éviter une substitution frauduleuse;

» Que, lorsque l'acte de suscription est entaché de nullité, il ne produit plus aucun effet, suivant cet axiôme, *quod nullum est, nullum effectum habere potest;* ensorte que, si le Testament n'est pas écrit en entier, daté et signé par le testateur, on ne peut le ranger dans aucune des dispositions de dernière volonté autorisées par la loi;

» Que, si, au contraire, il présente tous les caractères d'un Testament olographe, la seule conséquence que l'on puisse tirer de la nullité de la suscription, c'est que rien ne constate légalement que le Testament ait été déposé entre les mains d'un notaire; que, dès-lors, il n'a aucun caractère d'authenticité;

» Qu'un pareil Testament doit avoir le même sort que s'il eût été déposé entre les mains d'une personne privée, ou trouvé, soit au domicile du testateur, soit dans tout autre lieu ».

Cet arrêt a été attaqué par les héritiers *ab intestat* du sieur Gauthey, comme violant les art. 976 et 1001 du Code civil; mais quel a été le résultat de leur réclamation? Par arrêt du 23 décembre 1828, au rapport de M. Chilhaud de la Rigaudie, et conformément aux conclusions de M. le procureur général Mourre,

« Considérant que l'arrêt attaqué, en appréciant et interprétant le Testament du sieur Gauthey, n'a fait qu'user du droit que lui donnent les lois, et n'est point sorti des limites de ses attributions;

» Qu'en validant ce Testament qui, d'ailleurs, était revêtu de toutes les formes prescrites par le Code dans la confection des testamens olographes, il n'a violé ni pu violer l'art. 976 invoqué par le demandeur;

» Attendu qu'un arrêt ainsi motivé échappe à la censure de la cour;

» La cour (chambre des requêtes) rejette le pourvoi... (1) ».

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1829, page 79.

Cet arrêt est, comme l'on voit, motivé d'une manière qui, à l'exemple de celui du 6 juin 1815, laisse la question entière; mais ce serait une grande erreur d'en conclure que, si l'arrêt qui le maintient, eût annulé le Testament du sieur Gauthey, il n'eût pas été cassé; il en résulte seulement que la chambre des requêtes a eu la sage circonspection de ne pas se prononcer sans nécessité sur une controverse qu'elle pouvait laisser de côté.

§. VII. 1° *Les Testamens olographes dont l'écriture est reconnue par les héritiers naturels, sont-ils classés parmi les actes authentiques, et font-ils notamment foi de leur date, jusqu'à inscription de faux?*

2° *Lorsque l'écriture, la date et la signature d'un Testament olographe sont méconnues par l'héritier* ab intestat, *sur qui tombe la charge de les faire vérifier? Est-ce sur l'héritier* ab intestat *lui-même? Est-ce sur les légataires?*

3° *Y a-t-il, à cet égard, quelque différence entre le cas où le Testament a été suivi d'une ordonnance d'envoi en possession, conformément à l'art.* 1008 *du Code civil, avant que l'héritier* ab intestat *en eût méconnu l'écriture, et le cas où l'écriture en eût été méconnue par l'héritier* ab intestat, *avant que les légataires eussent obtenu cette ordonnance?*

I. Sur la première question, *V.* le §. suivant, et l'article *Testament conjonctif*, §. 2.

II. La seconde question n'est, en thèse générale, susceptible d'aucune difficulté. Un testament olographe n'est, par lui-même, qu'un acte sous seing-privé; et les principes, d'accord avec la raison naturelle, veulent que toute partie qui se prévaut d'un acte sous seing-privé méconnu par celle à qui il l'oppose, soit chargée de la vérification de cette pièce.

Aux arrêts rapportés dans le *Répertoire de jurisprudence*, sous le mot *Testament*, sect. 2, §. 4, art. 6, qui l'ont ainsi jugé, s'enjoignent encore deux de la cour supérieure de justice de Bruxelles, des 18 juillet 1827 et 28 mai 1828.

« Attendu (est-il dit dans le premier) qu'il résulte des principes et notamment de l'art. 999 du Code civil, et d'une jurisprudence constante, que le Testament en forme olographe est réellement un acte sous signature privée; qu'ainsi, il doit en suivre les conséquences, et qu'en cas de méconnaissance de

Digitized by Google

son écriture, de sa date et de sa signature, c'est à celui qui l'invoque en sa faveur, qu'il incombe d'en prouver la réalité par tous moyens de droit;

» Attendu que, s'il est vrai que le titre du Code civil qui a établi les diverses espèces de Testamens, et ainsi celui en forme olographe, a été promulgué environ neuf mois avant le titre *des obligations* dans lequel est déterminé le mode de preuve des actes sous signature privée en cas de dénégation ou de méconnaissance desdits actes, il ne résulte pas de l'antériorité de promulgation du premier de ces titres, qu'un Testament olographe dût faire foi, par lui-même, de son écriture, de sa date et de sa signature, jusqu'à preuve contraire, mais que seulement celles-ci devaient être prouvées d'après les règles alors en vigueur;

» Attendu que les appelans n'ont pas fait la preuve que le Testament olographe dont s'agit, aurait été écrit, daté et signé par Virginie W....;

» Par ces motifs, la cour, M. l'avocat général Baumhauer entendu, et de son avis, met l'appellation au néant (1) ».

Le second arrêt se fonde également sur le principe que c'est à l'héritier institué qu'*incombe la preuve* que le Testament olographe dont il se prévaut pour réclamer la succession du prétendu testateur, *a été écrit en entier, daté et signé de la main* de celui-ci (2).

III. La troisième question est plus controversée, et comme on peut le voir à l'endroit cité du *Répertoire de jurisprudence*, n° 3, la cour de cassation elle-même a varié dans la manière de la résoudre.

Je crois cependant avoir démontré, au même endroit, que l'ordonnance d'envoi en possession, obtenue par le légataire, ne peut pas faire rejeter sur l'héritier *ab intestat* le fardeau de la preuve directe que le Testament qu'on lui oppose, n'est pas l'ouvrage de son prétendu auteur.

La cour royale de Caen, qui l'avait ainsi jugé par un arrêt du 4 avril 1812, l'a encore jugé de même, le 13 novembre 1827,

« Attendu qu'aucune disposition expresse du Code civil ne fait sortir les testamens olographes de la classe des actes sous seing-privé, et qu'ils y sont au contraire formellement rangés par l'art. 999;

» Que, si, dans le cas de l'art. 1006, le légataire universel, par testament olographe, est investi, sur une ordonnance du président de la saisine des biens légués, cet effet tient à la nature particulière du legs, et non au degré de forme plus ou moins probante du Testament;

» Attendu qu'il est vrai que le testament olographe n'a rien en lui-même qui participe plus que tous les autres actes sous seing-privé du caractère de l'authenticité; que, quand il ne contient que des legs à titre universel ou particulier, et même des legs universels dans le cas d'héritiers à réserve, on convient qu'il demeure soumis à la loi commune des actes privés, et que, comme tel, c'est à celui qui veut s'en prévaloir, à en entreprendre la vérification;

» Attendu que, lorsqu'il y a lieu à l'application de l'art. 1006 du Code civil, la saisine n'est déférée aux légataires que sous la supposition de la vérité du Testament; mais que, aussitôt que cette supposition est méconnue, les choses restent dans leur ordre naturel, et la vérification doit être faite par l'individu qui ne peut avoir de droits qu'autant qu'il rapporte la preuve que l'acte sur lequel il les fonde, mérite confiance;

» Attendu que l'on ne saurait écarter cette doctrine sans arriver à un résultat absurde, que plus l'audace et la rapacité des faussaires seraient grandes, et plus leur succès deviendrait facile, puisqu'en effet, la fabrication d'un Testament olographe contenant disposition universelle par un individu privé d'héritiers à réserves, pourrait, par le seul caractère du legs, se prévaloir de la présomption de sincérité de son titre, tandis que celui qui n'aurait tenté qu'une spoliation moins grande, et qui n'aurait cherché à se procurer qu'un legs particulier ou à titre universel, devrait supporter toute la charge de la vérification;

» Attendu qu'il n'existe aucun motif solide qui puisse conduire à une distinction aussi peu raisonnable, et que la forme de l'acte ne changeant point dans les deux cas, les effets ne peuvent être que les mêmes relativement à sa force probante; qu'ainsi, dans le procès, quoiqu'il s'agisse d'un legs universel fait aux termes de l'art. 1006, la vérification n'en doit pas moins être rejetée sur la demoiselle Bénard, légataire;

» Attendu que ce qui doit porter de plus en plus à décider ainsi dans le cas particulier, c'est que certaines présomptions tendent à inspirer quelque défiance contre la sincérité du Testament en question; qu'il paraît, en effet, assez étonnant que, pour disposer de la

(1) Annales de jurisprudence de M. Sanfourche-la-Porte, année 1829, page 299.

(2) *Ibid.*, page 308.

Digitized by Google

totalité de sa fortune, Pierre Lecouturier ait employé la forme olographe, quand, pour faire, quelque temps auparavant et à diverses époques, des dispositions partielles, il avait eu communément recours au ministère d'un notaire, et qu'il y a d'autant plus lieu de se tenir en garde contre le Testament qu'on lui attribue, que, sous la date dudit Testament, les facultés intellectuelles dudit Pierre Lecouturier s'étaient considérablement altérées, ainsi que le prouvent l'incohérence et l'ineptie de plusieurs des réponses dans l'interrogatoire par lui subi sur l'instance de l'interdiction ».

Il est vrai que le recours en cassation exercé contre cet arrêt, a été admis par la chambre des requêtes, et que la chambre civile ne l'a rejeté, par arrêt contradictoire du 11 novembre 1829, au rapport de M. Carnot, que par un motif ainsi conçu : « attendu » que, dans l'état des faits, la cour royale a » pu, sans violer la loi, mettre à la charge » des légataires universels, la vérification de » l'écriture du Testament dont il s'agit (1) »; mais ce n'est pas à dire pour cela que l'arrêt de la cour royale de Caen eût été cassé, s'il ne s'était pas trouvé dans les faits qui en avaient formé les motifs subsidiaires, une raison particulière pour en justifier la décision.

Au surplus, ce que la cour royale de Caen a jugé, en thèse générale, par son arrêt du 13 novembre 1827, la cour supérieure de justice de Bruxelles l'a encore jugé par un arrêt du 15 janvier 1829,

« Attendu qu'un testament olographe n'étant, par sa nature même, qu'un acte sous seing-privé, il en résulte, en premier lieu, que son exécution, de même que celle de tous autres actes sous seing-privé, vient à cesser par la dénégation ou la méconnaissance de celui contre qui on veut s'en prévaloir; en second lieu, qu'il ne peut avoir aucun effet aussi longtemps qu'un tel Testament n'a point été maintenu en justice et reconnu pour véritable; et en troisième lieu, que, d'après les dispositions des art. 1323 et 1324 du Code civil, c'est par le légataire universel, ici l'intimée, et non par l'héritier légitime, l'appelant en cause, que doit être administrée cette preuve;

» Attendu qu'il n'importe nullement que le légataire, conformément à l'art. 1008 du même Code, ait été mis en possession de la succession contestée, antérieurement à l'opposition formée par l'héritier légitime à la levée des scellés; car l'ordonnance d'envoi en possession, accordée par le président sur la simple demande d'une partie, sans que la partie adverse ait été entendue ou appelée, sans qu'on puisse en interjeter appel, ne peut certainement nuire aux droits de l'héritier légitime, ni attribuer à un acte sous seing-privé le caractère et la force d'un acte authentique (1) ».

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 29, page 410.

(1) Jurisprudence de la cour supérieure de justice de Bruxelles, année 1829, page 80.

§. VIII. *Quel a été, pendant la réunion de Genève à la France, l'effet des Testamens faits précédemment, par des Génevois decédés depuis ?*

Jacques Mercier, Génevois, avait fait, avant la réunion de Genève à la France, un testament olographe par lequel il instituait le sieur Mercier, son neveu, et le sieur Dentand, ses héritiers universels.

Le 28 nivôse an 6, il avait fait, pardevant notaires, un codicille dans lequel ce Testament était rappelé.

Le 26 floréal suivant, ratification du traité qui réunit Genève à la France.

Cet événement est suivi, à Genève, de la publication de nos lois nouvelles sur les successions et sur les dispositions gratuites.

Quelque temps après, décès de Jacques Mercier.

La dame Bardonnex, son héritière *ab intestat*, demande la nullité de son Testament.

Jugement du tribunal civil du département du Léman qui rejette cette demande.

Appel, de la part de la dame Bardonnex.

Le 7 thermidor an 8, arrêt de la cour d'appel de Lyon qui confirme.

La dame Bardonnex se pourvoit en cassation.

La cause portée à l'audience de la section des requêtes, j'ai d'abord discuté et détruit un moyen de forme que la dame Bardonnex faisait valoir, et sur lequel on peut consulter l'article *Conclusions du ministère public ;* ensuite, j'ai ajouté :

« Au fond, la demanderesse soutient, d'une part, que le jugement attaqué a violé les lois des 17 nivôse et 22 ventôse an 2, en décidant, en thèse générale, qu'un Testament même authentique, fait avant la réunion du territoire génevois à la France, devait avoir son exécution, quoique son auteur ne fût décédé

Digitized by Google

qu'après la publication de ces lois à Genève; de l'autre, que ce même jugement a fait une fausse application de l'art. 7 du traité de réunion, en jugeant que le Testament de Jacques Mercier avait une date certaine antérieure à ce traité.

» Ainsi, deux questions à résoudre : l'une, si le Testament de Jacques Mercier, supposé revêtu d'une date certaine antérieure à la réunion, doit être considéré comme annulé par la publication postérieurement faite à Genève, des lois des 17 nivôse et 22 ventôse an 2; l'autre, si ce Testament ne porte pas véritablement une date d'après laquelle on puisse assurer qu'il a été fait avant la réunion et non après.

» Sur la première question, il est certain que la loi du 17 nivôse an 2 a interdit, pour l'avenir, toute institution testamentaire d'héritier.

» Il est également certain que, par l'art. 47 de la loi du 22 ventôse an 2, il a été déclaré que la loi du 17 nivôse précédent avait anéanti tous les Testamens antérieurs à sa publication dont les auteurs n'étaient décédés qu'après.

» Et nous devons ajouter que cette déclaration a été, quant aux dispositions universelles contenues dans ces Testamens, maintenue expressément par l'art. 4 de la loi du 18 pluviôse an 5.

» Ainsi, la loi du 17 nivôse an 2, celle du 22 ventôse suivant et celle du 18 pluviôse an 5 ayant été publiées à Genève avant le décès de Jacques Mercier, il semble nécessaire d'en conclure que le Testament de Jacques Mercier, même en le supposant antérieur à leur publication, a été anéanti de plein droit par leur publication même.

» Cependant le jugement attaqué décide que ce Testament a conservé son effet, malgré ces lois; et il le décide, d'après l'art. 7 du traité de réunion, par lequel il est dit que *tous les actes publics, soit judiciares, soit notariés, tous les écrits privés et les livres des négocians*, AYANT DATE CERTAINE *antérieurement à la ratification des présentes, auront leur force et sortiront tout leur effet, suivant les lois de Genève.*

» La demanderesse soutient que cet article ne peut pas s'entendre des Testamens; et elle se fonde sur le principe général, qu'un Testament est censé n'acquérir son existence effective que par la permanence de la volonté du testateur jusqu'à son décès; principe d'où elle conclud que, si, à l'époque du décès du testateur, sa volonté se trouve en opposition avec la loi alors existante, le Testament ne peut pas être exécuté, quand même il aurait eu une date certaine avant la publication de cette loi.

» Mais ne peut-on pas répondre que raisonner ainsi, c'est résoudre la question par la question elle-même?

» Il est certain que c'est d'après le principe général invoqué par la demanderesse, que la loi du 22 ventôse an 2 a déclaré que la loi du 17 nivôse avait, de plein droit, anéanti les Testamens dont les auteurs avaient survécu à sa disposition.

» Mais il s'agit précisément de savoir si, par l'art. 7 du traité, les rédacteurs de cette convention politique n'ont pas mis les Testamens à l'abri des dispositions de la loi du 22 ventôse an 2.

» Sans contredit, ils ont pu le faire; l'ont-ils *voulu*? C'est là que gît toute la difficulté.

» On peut, sur ce point, soutenir le pour et le contre avec une égale apparence de raison; mais dans ce choc de probabilités invoquées de part et d'autre, il est un principe qui doit prédominer : c'est que tout contrat est présumé avoir eu dans l'intention des parties qui l'ont signé, le sens qu'elles y ont attaché elles-mêmes dans l'exécution de ce contrat : *talis præsumitur præcessisse titulus, qualis apparet usus et possessio.*

» Or, d'un côté, les commissaires qui avaient stipulé dans le traité, au nom du peuple génevois, attestent par deux déclarations consignées dans le jugement du tribunal d'appel de Lyon, *qu'en réservant, par l'art. 7 de ce traité, que les actes publics et écrits privés des Génevois, ayant date certaine antérieurement à la ratification, sortiront tout leur effet, suivant les lois de Genève, l'on n'a pas moins eu en vue les Testamens... que les actes et écrits faits entre-vifs*; et ce qui prouve que les citoyens de Genève l'ont ainsi entendu, c'est que, depuis la réunion effectuée, il ne s'est élevé aucune réclamation autre que celle de la demanderesse, contre l'exécution des Testamens faits antérieurement par des personnes dont le décès n'est arrivé que postérieurement à cette époque.

» D'un autre côté, il est constant que l'art. 7 a été entendu dans le même sens par le gouvernement français.

» Témoin la lettre du ministre de la justice du 15 nivôse an 7, par laquelle, en répondant à l'administration centrale du département du Léman, qui lui avait transmis une pétition d'un grand nombre de citoyens de Genève, tendant à lever les doutes que quelques hommes de loi avaient cherché à répan-

Digitized by Google

dre sur l'application de l'art. 7 du traité aux Testamens, il lui mande qu'il a conféré avec le ministre des relations extérieures sur l'objet de cet article; que, sans doute, depuis la ratification du traité, un Génevois ne peut plus disposer que conformément aux lois de la république; qu'ainsi, un Testament ayant une date certaine, mais postérieure à la ratification, ne vaudrait pas dans ses rapports avec les anciennes lois de Genève; mais que, quant au Testament ayant date certaine antérieure à la ratification du traité, la disposition de l'art. 7 lui est positivement applicable.

» Témoin encore la conduite de la régie de l'enregistrement et la décision du ministre des finances sur la question de savoir si les Testamens antérieurs à la réunion, mais dont les auteurs n'étaient morts que depuis, pouvaient avoir leur exécution, sans avoir été enregistrés. La régie soutenait la négative, et elle s'appuyait, comme la demanderesse, sur le principe qu'un acte de dernière volonté n'acquiert une existence définitive que par le décès du testateur. Les Génevois se retranchaient sur l'art. 7 du traité : ils soutenaient que cet article n'exceptant pas de sa disposition générale et indéfinie, les Testamens, les codicilles et les autres actes à cause de mort, il n'y avait aucune raison pour ne pas les y comprendre, et que la foi publique le voulait ainsi. La question fut débattue dans une conférence entre le ministre et la régie; et voici dans quels termes le résultat en est annoncé par une lettre de la régie même au directeur des domaines du département du Léman, en date du 13 vendémiaire an 8 : *Nous avons de nouveau examiné la question de savoir si les Testamens faits antérieurement à la réunion de Genève à la France, et dont les testateurs étaient décédés postérieurement à la loi du 26 floréal an 6* (portant ratification du traité), *étaient dans le cas d'être enregistrés pour avoir leur exécution; et nous avons reconnu que les dispositions de l'art. 7 du traité leur étaient applicables..... Nous avons communiqué cette opinion au ministre des finances; et, par sa lettre du 6 du courant, il nous a marqué que la sienne y était parfaitement conforme, et que les droits d'enregistrement, qui pouvaient avoir été perçus dans l'hypothèse dont il s'agit, devaient être restitués. Ainsi, les instances engagées pour des droits de cette espèce, doivent être abandonnées.* Assurément, quand une administration aussi attentive que la régie de l'enregistrement à poursuivre le droits du trésor public, abandonne ainsi une prétention qui devait être très-productive, il faut bien qu'elle ait acquis la conviction intime que le gouvernement français, en traitant avec le peuple génevois, avait véritablement voulu donner à l'art. 7, le sens général et indéfini dans lequel l'a depuis encore entendu le tribunal d'appel de Lyon.

» Sans doute, les décisions ministérielles ou administratives ne lient pas les tribunaux; et s'il en était autrement, le pouvoir judiciaire ne serait qu'une vaine ombre d'autorité. Mais quand il s'agit de déterminer le sens d'un contrat souscrit par le gouvernement, et que les organes du gouvernement lui-même, c'est-à-dire, les ministres, reconnaissent, par des actes officiels, que le contrat a un tel objet, qu'il a été rédigé dans tel esprit; lors surtout qu'ils le reconnaissent au préjudice du gouvernement lui-même, au nom duquel ils parlent; lorsqu'enfin ils s'accordent, dans cette reconnaissance, avec les parties en faveur desquelles le gouvernement a pris l'engagement dont il est question de fixer l'étendue; bien sûrement alors les décisions ministérielles méritent toute l'attention des tribunaux; et elles doivent être pour eux, ce que seraient dans un procès relatif à l'interprétation d'un contrat de vente, les déclarations et la conduite subséquentes du vendeur et de l'acheteur.

» Concluons donc, que, si le Testament de Jacques Mercier porte une date certaine antérieure à la réunion, le jugement attaqué n'a fait, en le déclarant valable, qu'appliquer la disposition de l'art. 7 du traité, et que cette application est à l'abri de toute censure.

» Mais est-il vrai que ce Testament ait une date certaine antérieure à la réunion?

» Le jugement attaqué prononce pour l'affirmative, quoique le testament soit olographe; et il se fonde, dans le fait, sur l'énonciation qui se trouve de la date de cet acte dans un codicille notarié du 18 janvier 1797 répondant au 28 nivôse an 6; dans le droit, sur le décret du 13 messidor an 3, suivant lequel *lorsqu'un acte ou plusieurs actes authentiques référent un acte sous seing-privé, ou prouvent son exécution, cet acte sous seing-privé a acquis une date assurée, comme il l'aurait par le décès de l'un des contractans ou signataires.*

» La demanderesse ne conteste ni l'existence ni l'authenticité du codicille du 28 nivôse an 6; mais elle s'élève contre l'application que fait le jugement, du principe consacré par le décret du 13 messidor an 3, à la mention que contient ce codicille du Testament de

Digitized by Google

Jacques Mercier. Pour qu'un acte sous seing-privé, dit-elle, acquière une date certaine par l'énonciation qui en est faite dans un acte authentique, il faut que cet acte authentique en réfère, non seulement la date, mais encore les dispositions, de manière qu'il soit impossible que l'acte représenté ne contienne pas d'autres dispositions que celui qui se trouve référé dans l'acte authentique; et c'est ce que prouve, ajoute la demanderesse, l'art. 3 de la loi du 1er floréal an 3; en effet, continue-t-elle, cet article porte que la certitude de la date de l'antériorité des titres souscrits par les émigrés, à l'époque de leur émigration, sera établie, entre autres, *par des actes passés par des officiers publics, dans lesquels pourraient se trouver relatés des titres sous signature privée, à la charge des émigrés;* ET DONT L'IDENTITÉ SERA RECONNUE. Il faut donc, conclud de là la demanderesse, que l'identité du titre sous seing-privé que l'on représente, avec le titre relaté dans l'acte authentique, soit *reconnue*, et que par conséquent elle ne puisse pas être *méconnue*. Or, pour remplir cette condition, il faut que toutes les clauses essentielles de l'acte sous seing-privé soient référées dans l'acte authentique; sans quoi l'identité ne serait pas constante, et rien ne serait plus facile que d'éluder la loi. Eh bien! Dans l'espèce, point de relation des clauses essentielles du testament olographe dans le codicille notarié; l'institution d'héritier surtout n'y est énoncée en aucune manière; donc le codicille notarié ne peut pas garantir la certitude de l'antériorité de la date du Testament au traité de réunion.

» Tel est, dans toute sa force, l'argument de la demanderesse contre l'application que fait le jugement attaqué, tant du décret du 13 messidor an 3, que de l'art. 7 du traité de réunion, au Testament de Jacques Mercier. Mais il se présente plusieurs réponses qui paraissent également décisives.

» La première, c'est qu'il est, en quelque sorte, de l'essence du testament olographe, de demeurer secret jusqu'à la mort de son auteur, et qu'on ne peut pas en subordonner la validité à une condition qui en changerait le caractère; que, dès-là, si, pour fixer la date d'un pareil Testament, une loi vient exiger qu'il soit relaté dans un acte passé devant notaires, il est impossible de supposer qu'elle ait voulu que cette relation en rappelât les clauses les plus importantes.

» La deuxième, c'est que, dans l'espèce, on ne représente, et l'on n'articule même pas qu'il ait existé, aucun autre Testament de Jacques Mercier que celui dont il est ici question; et que par conséquent le Testament dont il est ici question, est nécessairement le même dont Jacques Mercier a fait mention dans son codicille notarié du 28 nivôse an 6.

» La troisième, enfin, c'est que, quand même le Testament de Jacques Mercier ne serait pas relaté dans le codicille notarié du 28 nivôse an 6, il n'en aurait pas moins par soi une date certaine et authentique.

» Cette dernière proposition peut, au premier coup-d'œil, paraître un paradoxe: et le jugement attaqué ne l'a point prise pour base de sa décision, quoiqu'elle fût soutenue avec chaleur par les parties en faveur desquelles il a prononcé; mais il est facile de prouver qu'elle est dans les vrais principes.

» Il y avait, avant la révolution, plusieurs cas où pouvait se présenter, et il en est encore où peut se présenter aujourd'hui, la question de savoir si un testament olographe (que l'héritier naturel reconnaît, comme ici, être écrit, daté et signé de la main de testateur) doit avoir son effet, lorsque la date n'en a pas été authentiquement constatée dans le temps où il fallait qu'il fût passé pour être valable.

» Par exemple, dans la coutume de Normandie, il fallait que le testateur survécût trois mois à ses dispositions, pour qu'elles eussent leur effet. Un testament olographe qui n'avait pas été reconnu pardevant notaires trois mois avant la mort du testateur, était-il pour cela nul et caduc? Un particulier entrait dans un monastère et y faisait profession: après son changement d'état, il paraissait de lui un testament olographe qui était daté d'un temps antérieur; ce testament était-il valable? Un particulier est interdit pour cause de prodigalité: après sa mort, on trouve un testament olographe qui, à en juger par la date qu'il porte, est antérieur à son interdiction; ce Testament doit-il être exécuté?

» L'ordonnance de 1735 a touché cette question, mais elle ne l'a décidée que dans un point; et sans doute, en gardant le silence sur les autres cas où elle peut se présenter, le législateur a eu l'intention de la laisser entière, en thèse générale.

» L'art. 21 porte: *lorsque ceux ou celles qui auront fait des Testamens, codicilles ou autres dispositions olographes, voudront faire des vœux solennels de religion, ils seront tenus de reconnaître lesdits actes pardevant notaires, avant que de faire lesdits vœux; sinon, lesdits Testamens, codicilles ou autres dispositions demeureront nuls et de nul effet.*

» Voilà ce qu'avait décidé le législateur pour les testamens olographes qui parais-

Digitized by Google

saient après une émission de vœux monastiques; voyons ce que les principes nous dicteront pour les autres cas.

» La question se réduit, comme l'on voit, à un seul point, à celui de savoir si le testament olographe fait foi de sa date. Comme acte sous seing-privé, il ne devrait pas la faire; mais doit-on l'envisager sous cet aspect? Pesons bien les termes de l'art. 289 de la coutume de Paris : *pour réputer un Testament solennel, il est nécessaire qu'il soit écrit et signé de la main du testateur.* La coutume ne regarde donc pas ce Testament comme un acte sous seing-privé; elle le répute *solennel;* et en effet, confiant au testateur et son autorité pour disposer et un caractère pour rédiger sa volonté, elle le tire par là de la classe des simples particuliers; elle l'érige en législateur, en ministre de sa propre loi, en officier public dans cette partie; or, dans les principes, on regarde les actes passés par des personnes publiques, comme des preuves inaltérables de ce qu'ils contiennent: où peut donc être la raison de douter de la vérité de la date d'un testament olographe, tant qu'on ne l'attaque point par une inscription en faux?

» Une autorité bien précise confirme cette doctrine; c'est Ricard, *traité des donations,* part. 1, n° 1560 : *Il n'y a* (dit-il) *aucune différence à faire pour la date, entre le testament olographe et les autres espèces de Testamens passés pardevant notaires. La date du testament olographe assure la capacité du testateur au temps du Testament.*

» Et il existe des arrêts très-précis, qui confirment positivement cette doctrine.

» Un héritier soutenait, dans la coutume de Normandie, que le Testament dont il demandait la nullité, était antidaté, et qu'il avait été fait dans les trois mois de survie : il exposait des présomptions qui tendaient à le faire penser ainsi, et il demandait la permission de les fortifier par la preuve testimoniale. Par arrêt du 21 juin 1622, rapporté dans le commentaire de Basnage sur l'art. 422, le parlement de Rouen a ordonné purement et simplement l'exécution du Testament.

» Christophe Millon avait été interdit pour cause de prodigalité; après sa mort, il parut un testament olographe dont la date remontait à un temps antérieur à la sentence d'interdiction. Les héritiers le soutinrent nul par différens moyens, notamment par le défaut d'authenticité de sa date, et parcequ'il avait été, selon eux, copié sur un projet suggéré. La cause fut plaidée à la quatrième chambre des enquêtes du parlement de Paris, mise en délibéré, et jugée le 21 août 1719. Les juges, dit Brillon, au mot *Testament,* n° 12, *opinèrent tous pour la validité du Testament,* sous le rapport de l'authenticité de la date, mais s'en étant fait représenter la minute, ils reconnurent qu'elle avait été copiée sur un projet suggéré à une personne âgée; et par ce seul motif, ils déclarèrent le Testament nul.

» Nous pourrions multiplier ces autorités (1); mais en voilà plus qu'il n'en faut pour prouver qu'un testament olographe fait, par lui même, foi de sa date.

» Et par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la demande en cassation, et de condamner la demanderesse à 150 francs d'amende ».

Arrêt du 11 frimaire an 9, au rapport de M. Cassaigne, qui adopte ces conclusions,

« Attendu 1° que l'art. 7 du traité de réunion du pays de Genève à la France, du 28 floréal an 6, portant que *les actes publics et écrits privés ayant date certaine antérieurement à la ratification du traité, auront leur force et sortiront leur effet suivant les lois de Genève,* comprend dans sa disposition les Testamens ayant date certaine antérieure à ladite ratification; qu'indépendamment de ce que cela résulte de la généralité des termes dudit article, c'est ainsi qu'il a été entendu dans l'exécution;

» Attendu 2° que le Testament de Jacques Mercier, du 14 juillet 1796, se trouvant relaté sous sa qualité de testament olographe et sous sa date, en même temps que pour partie de ses dispositions, dans son codicille public du 18 janvier 1797, antérieur à la ratification dudit traité, il avait, par cela même une date certaine antérieure à cette ratification, et se trouvait, dès-lors, compris dans la disposition de l'art. 7 dudit traité ».

§. IX. *Dans les testamens nuncupatifs faits avant le Code civil, était-il nécessaire, à peine de nullité, que la mention de la lecture qui devait terminer l'acte, fût conçue de manière à constater que cette lecture avait été faite par le notaire, et qu'elle avait été adressée par lui au testateur?*

Cette question est traitée dans le plaidoyer suivant, que j'ai prononcé à l'audience de la

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence,* au mot *Testament,* sect. 2, §. 4, art. 7.

Digitized by Google

cour de cassation, section des requêtes, le 14 floréal an 11 :

« Philippe-Joseph Oudart a terminé sa carrière par deux dispositions solennelles de dernière volonté : l'une, en date du 22 octobre 1792, qu'il a qualifiée de *Testament;* l'autre, en date du 15 novembre suivant, à laquelle il a donné le nom de *codicille*.

» Le Testament est clos en ces termes : *Lecture faite au comparant testateur de son présent Testament, par l'un desdits notaires, l'autre présent, il a déclaré l'avoir bien entendu, qu'il contient ses intentions et volontés dernières..... Ainsi fait, dicté, testé, nommé et rédigé à Cambray, dans la chambre à coucher du testateur, l'an* 1792....., *le* 22 *octobre, vers midi, et a le testateur signé avec nous. Et à l'instant ledit testateur ajoute qu'il veut et entend qu'aussitôt après son décès, il soit distribué aux pauvres de cette ville, jusqu'à concurrence de cent mencauds de blé convertis en pain..... Lecture faite audit testateur de la présente addition, a également déclaré l'avoir bien entendue, et qu'il en veut et ordonne l'exécution comme faisant partie de ses volontés; et a signé avec nous, les jours, mois et an susdit. Signé* Oudart; et comme notaires, Desjardins et Levavasseur.

» A l'égard du codicille, les notaires y débutent par annoncer que Philippe-Joseph Oudart les a requis de leur représenter son Testament et de lui en réitérer la lecture; et que cela fait, il leur a dicté de nouvelles dispositions qu'il entend y ajouter. Ils transcrivent ces dispositions, et ils terminent ainsi : *Lecture faite au comparant testateur de son présent codicille par l'un des notaires soussignés, l'autre présent, il a dit l'avoir bien entendu, qu'il contient ses intentions et volontés dernières, et qu'il y persiste; ayant à l'instant ajouté qu'il donne et lègue aux enfans du cit. Mallet, son exécuteur testamentaire, sept mencaudées de terres labourables aux terroirs de Bantigny et de Cuvillers.... Lecture faite de la présente addition, ensemble du codicille qui précède, a déclaré avoir le tout bien entendu, qu'il contient ses intentions et volontés dernières, voulant que le tout soit exécuté selon sa forme et teneur,* AINSI QUE SOUDIT TESTAMENT, *autant qu'il n'y a pas été dérogé par le présent. Ainsi fait, testé, dicté et rédigé à Cambray, dans la chambre à coucher du testateur, le* 15 *novembre* 1792, *et a le comparant testateur signé avec nous. Signé* Oudart; et comme notaires, Desjardins et Levavasseur.

» Vous remarquez que ces deux actes sont terminés de la même manière; que, dans l'un comme dans l'autre, les notaires déclarent avoir fait eux-mêmes au testateur la lecture des premières dispositions qu'ils ont écrites sous sa dictée; que, dans l'un comme dans l'autre, la mention de cette lecture est suivie de dispositions additionnelles de la part du testateur; que, dans l'un comme dans l'autre, il est dit que lecture a été faite au testateur de ces dispositions additionnelles; mais qu'il n'est pas exprimé que ce sont les notaires qui ont fait cette lecture.

» Vous remarquez encore que, par le second de ces actes, c'est-à-dire, par le codicille, le testateur déclare confirmer son Testament dans tous ses points, hors ceux auxquels il vient de déroger.

» Vous savez d'ailleurs que Claude Driancourt et consorts, héritiers *ab intestat* de Philippe-Joseph Oudart, ont attaqué à la fois le Testament et le codicille; et sans doute, vous êtes bien convaincus qu'ils devaient, ou obtenir l'annullation de l'un et l'autre, ou être déboutés, à l'égard de l'un, comme à l'égard de l'autre, de leur demande en nullité.

» Cependant, par une sorte de bizarrerie dont nous chercherons tout à l'heure la clef, le jugement du tribunal d'appel de Douai, du 24 ventôse an 10, a annulé le Testament et confirmé le codicille.

» Il a annulé le Testament, d'après l'art. 23 de l'ordonnance de 1735, *attendu que cet acte semble contenir deux parties distinctes, dont l'une est terminée par une clôture conforme à celle voulue par la loi, mais qui ne se trouve pas signée par le testateur ni par les notaires, quoiqu'elle en fasse mention expresse; l'autre est une addition signée à la vérité, mais avec la simple mention de lecture de ladite addition, sans qu'il soit dit que les deux notaires y aient assisté; que, si l'on considère l'addition comme un acte différent et indépendant du Testament qui le précède, ce Testament, en ce cas, n'est signé ni par le testateur ni par les notaires, et ne se trouve conséquemment pas dans la forme voulue par la loi, à peine de nullité; que, si l'on regarde que l'addition et que le Testament ne font qu'un seul et même corps d'acte, en ce cas le Testament entier n'a point été lu au testateur, après son entière confection, comme le prescrit impérieusement la loi, à peine de nullité; que, de quelque manière qu'on veuille considérer le Testament dont il s'agit, il doit donc être déclaré nul.*

» A l'égard du codicille, le tribunal d'appel l'a confirmé purement et simplement, sans en donner aucun motif, sans même avoir

Digitized by Google

posé préalablement aucune question à ce sujet.

» Les demandeurs observent, avec beaucoup de raison, qu'il y a entre ces deux parties du jugement, une double contradiction.

» Et en effet, d'une part, si le codicille était valable, le Testament, quoique nul par lui-même, devait cependant être confirmé. Car le testateur avait déclaré, par le codicille, vouloir que son Testament fût exécuté. Or, la loi 2, paragraphe dernier, D. *de jure codicillorum*, décide que, si, après avoir fait un Testament nul par défaut de forme, une personne fait un codicille qui en ordonne l'exécution, le Testament doit valoir comme codicille: *hereditas testamento inutiliter data non potest codicillis quasi hereditas confirmari; sed ex fideicommisso petitur, salvâ ratione legis falcidiæ*. Et nous trouvons deux arrêts qui consacrent cette décision : l'un du parlement de Paris, du 22 janvier 1665, rapporté par Soëfve, tome 2, centurie 3, chap. 40; l'autre du parlement de Toulouse, du 13 septembre 1727, rapporté par Furgole, dans son *Traité des Testamens*, chap. 12, n° 53 (1).

» D'un autre côté, si le codicille était valable, quoique l'addition qui en suit la première clôture, ne porte pas que la lecture qu'elle énonce en avoir été faite au testateur, l'ait été par les notaires, on ne pouvait pas, sans une contradiction manifeste, annuler le Testament sous le prétexte que les notaires n'y avaient pas énoncé que c'était par eux qu'avait été faite la lecture de l'addition dont la première clôture y est pareillement suivie.

» Comment donc le tribunal d'appel de Douai a-t-il pu se contredire ainsi lui-même? Après y avoir bien réfléchi, nous croyons pouvoir assurer que c'est par le fait des demandeurs eux-mêmes; et cela est facile à expliquer.

» Les demandeurs s'étaient d'abord pourvus devant le tribunal du district de Cambrai, et y avaient conclu à être envoyés, comme héritiers AB INTESTAT, *en propriété et jouissance de tous les biens meubles et immeubles composant la succession* de Philippe-Joseph Oudart.

» Pour justifier ces conclusions, ils prétendirent d'abord que les héritiers institués et les légataires devaient, avant tout, opter entre le testament olographe du 20 novembre 1788, et les Testament et codicille solennels des 22 octobre et 15 novembre 1792.

» Ils soutenaient ensuite que le Testament solennel du 22 octobre 1792 était nul par vice de forme, en ce que, de l'addition qui en suivait la première clôture, il résultait un défaut de mention que la lecture de l'acte entier eût été faite par les notaires.

» Ils ajoutaient qu'en tout cas, il avait été suggéré; ils articulaient des faits de suggestion et en offraient la preuve.

» Du reste, et ceci est à remarquer, ils n'alléguaient ni vice de forme, ni moyen de nullité quelconque contre le codicille du 15 novembre 1792; seulement ils le qualifiaient, comme le Testament du 22 octobre précédent, d'*acte injuste et dénaturé*.

» Par jugement du 27 juillet 1793, le tribunal du district de Cambrai les a admis à la preuve des faits de suggestion qu'ils avaient articulés.

» Les héritiers institués et les légataires ont appelé de ce jugement, et ont conclu à ce qu'il plût au tribunal d'appel déclarer qu'il avait été mal jugé; émendant, sans s'arrêter, ni à la demande en permission de faire preuve des faits de suggestion, ni à celle qui tendait à les obliger *actuellement d'opter entre le Testament olographe et le Testament solennel*, ni aux nullités de forme qui avaient été alléguées en première instance, débouter les intimés de leurs fins et conclusions; ordonner en conséquence que le Testament solennel et le codicille dont il s'agissait, seraient exécutés selon leur forme et teneur.

» De leur côté, Claude Driancourt et consorts ont conclu à ce qu'il plût au tribunal d'appel les recevoir appelans *à minimâ*, c'est-à-dire, incidemment, du jugement du tribunal du district de Cambrai; ce faisant, dire qu'il avait été mal jugé, bien appelé, *en ce que le jugement admettait à vérifier la captation, et qu'il ne déclarait pas purement et simplement nul le Testament solennel, ainsi que le Testament olographe; émendant, les déclarer nuls; et subsidiairement, dire qu'il avait été bien jugé et mal appelé*, ordonner l'exécution du jugement dont était appel, et renvoyer les parties devant les premiers juges, pour y être procédé à la preuve des faits de suggestion.

» Vous voyez, Messieurs, qu'à la vérité, en première instance, Driancourt et consorts se plaignaient du codicille du 15 novembre 1792, comme du Testament du 22 octobre précédent; mais que le Testament seul a été l'objet de leurs attaques directes et proprement dites; que c'est au Testament seul qu'ils ont reproché le vice de forme qu'ils faisaient consister dans le défaut de mention expresse que les

(1) Erreur. *V.* la 2e note sur les conclusions rapportées ci-après, §. 15, et le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Testament*, sect. 2, §. 1, art. 4, n° 3.

Digitized by Google

notaires eussent fait eux-mêmes la lecture de la disposition additionnelle de cet acte; que c'est contre le Testament seul qu'ils ont dirigé leur demande en permission de faire preuve de faits de suggestion; qu'en cause d'appel, ils ont bien conclu à la nullité du testament olographe du 20 novembre 1788, et du Testament solennel du 22 octobre 1792; mais qu'ils n'y ont également pris aucune sorte de conclusions contre le codicille du 15 novembre de cette dernière année.

» D'après cela, comment le tribunal d'appel aurait-il pu annuler ce codicille? Bien évidemment, c'eût été, de sa part, juger *ultrà petita;* et il ne pouvait pas, même pour éviter les contradictions qui se trouvent dans son jugement, se permettre un tel excès de pouvoir. Il est d'ailleurs fort douteux que les parties l'aient mis à portée d'apercevoir ces contradictions; car c'est à l'audience qu'il a prononcé, et rien ne prouve qu'on lui ait donné lecture du codicille.

» Au surplus, admettons, pour un moment, que Driancourt et consorts aient conclu à la nullité du codicille, comme à celle du Testament; admettons, pour un moment, que les deux contradictions qui existent dans le jugement, ne puissent pas leur être imputées. Qu'en résultera-t-il?

» Dira-t-on que l'une de ces contradictions, c'est-à-dire, celle qui existe entre l'annullation du Testament et la confirmation du codicille par lequel l'exécution du Testament même est expressément ordonnée, forme pour Driancourt et consorts une ouverture de requête civile?

» Mais, d'abord, une ouverture de requête civile n'est pas un moyen de cassation; et il est évident, au contraire, que Driancourt et consorts ne peuvent pas se faire un moyen de cassation de ce qui ne pourrait être pour eux qu'une ouverture de requête civile.

» Ensuite, ce n'est certainement pas par Driancourt et consorts que pourrait être proposée l'ouverture de requête civile dont il s'agit; car si le tribunal d'appel s'est contredit, en déclarant nul un Testament maintenu par le codicille qu'il a confirmé, qui est-ce qui profite de cette contradiction? Ce sont Driancourt et consorts. Driancourt et consorts ne sont donc pas recevables à tirer de cette contradiction un moyen d'attaque contre le jugement du tribunal d'appel.

» Il en est de même de l'autre contradiction, c'est-à-dire, de celle qui consiste à avoir confirmé le codicille du 15 novembre et annulé le Testament du 22 octobre, quoique tous deux terminés par des dispositions additionnelles dont les notaires n'avaient pas énoncé avoir eux-mêmes fait la lecture au testateur; car, s'il y a un mal jugé, s'il y a une infraction de la loi, dans l'une des deux parties de ce jugement, ce n'est pas dans celle qui confirme le codicille du 15 novembre, c'est, au contraire, dans celle qui annulle le Testament du 22 octobre; et cela est facile à démontrer.

» Par les art. 5 et 23 de l'ordonnance de 1735, le législateur prescrit trois choses par rapport à la lecture des actes de dernière volonté: il veut que cette lecture soit faite après l'entier achèvement de ces actes; il veut qu'elle soit faite au testateur; il veut qu'elle soit faite par le notaire à qui le testateur a dicté ses dispositions.

» Sans contredit, il faut que ces trois formalités soient remplies, et l'inaccomplissement d'une seule doit faire regarder le Testament comme non-avenu.

» Mais est-il nécessaire que le Testament fasse une mention expresse de l'accomplissement de chacune de ces trois formalités? Le texte de la loi va répondre à cette question: *Lesquels notaires ou bien l'un d'eux écriront les dernières volontés du testateur, telles qu'il les dictera*, ET LUI EN FERONT LECTURE, DE LAQUELLE IL SERA FAIT MENTION EXPRESSE, *sans néanmoins qu'il soit nécessaire de se servir précisément de ces termes*, dicté et nommé, lu et relu sans suggestion, *ou autres requis par les coutumes.* C'est, comme vous le voyez, de la *lecture* et de la lecture seulement, que le législateur exige la mention formelle. Il ne dit pas qu'il sera nécessaire d'exprimer que cette lecture a été faite au testateur; il ne dit pas qu'il sera nécessaire d'exprimer que cette lecture a été faite par les notaires.

» De là que devons-nous conclure? Écoutons Furgole, chap. 2, sect. 5, n° 86: *Nous observerons que le défaut des formalités que l'ordonnance de 1735 veut être observées dans les Testamens et autres dispositions de dernière volonté, produit une nullité qui rend le Testament ou autre disposition inutile et comme non écrite. Il y en a dont l'ordonnance veut qu'il soit fait mention dans le Testament, comme, par exemple*, QU'IL EN A ÉTÉ FAIT LECTURE. *Si les formalités de cette espèce ne sont pas constatées par le Testament même, il sera nul de plein droit: mais à l'égard des autres formalités dont l'ordonnance n'exige pas en termes exprès, qu'il soit fait mention dans le Testament, comme, par exemple, que les dispositions ont été dictées et prononcées par le testateur, que les dispositions seront écrites de la main du notaire qui aura reçu*

Digitized by Google

le Testament, IL NE SERA PAS NUL, QUOIQUE LE TESTAMENT N'EN PARLE PAS.

» Bannelier, en ses notes sur les *Traités du droit français* de Davot, tome 5, page 465, dit également : *De ce qu'il n'est pas précisément requis par l'ordonnance de 1735, qu'on emploie le mot* LU, *il s'ensuit que, pourvu qu'on dise que la lecture a été faite, ce ne serait pas une nullité, si on omettait ces mots,* PAR L'UN DES NOTAIRES, L'AUTRE PRÉSENT.

» La jurisprudence des anciens tribunaux vient appuyer et justifier complettement cette doctrine.

» Corbie de Neuvireuil avait fait à Lille, le 28 février 1776, un testament qui avantageait les demoiselles Duchastel. Le comte Duchastel à qui ces avantages faisaient préjudice, en demanda la nullité, sur le fondement que le Testament ne portait point qu'il eût été écrit par un des deux notaires qui l'avaient reçu, mais seulement que le testateur l'avait *fait, dicté et nommé aux notaires*. Par arrêt du 22 janvier 1784, rendu au parlement de Douai, après une instruction très-approfondie de part et d'autre, le Testament fut jugé valable.

» Le 25 juin 1778, le parlement de Dijon a confirmé le Testament de Marc Mugnier qui était ainsi terminé : *fait, lu, relu et passé à Verjux, dans une chambre basse du domicile du sieur testateur, en présence de*..... On prétendait que cette clause, telle qu'elle était conçue, ne prouvait pas suffisamment que la lecture eût été adressée au testateur, ni même qu'elle eût été faite en sa présence. Le légataire répondait que les art. 5 et 23 de l'ordonnance de 1735 exigeaient deux choses : 1° qu'il fût fait lecture de l'acte au testateur, 2° qu'il fût fait mention de cette lecture, *de laquelle lecture il sera fait mention : l'ordonnance* (ajoutait-il) *ne porte pas qu'il sera expressément énoncé que cette lecture a été faite au testateur*. Et l'arrêt cité l'a jugé ainsi.

» Il existe aussi, sur cette matière, plusieurs arrêts du parlement de Grenoble.

» Le plus ancien est du 29 mai 1742; il confirme le Testament du nommé Beaumont, à la fin duquel il était dit simplement : *fait et publié audit lieu, dans la maison du domicile du testateur, en présence de*..... On soutenait que l'acte était nul, parcequ'il ne faisait pas mention qu'il eût été lu en entier, ni même qu'il l'eût été au testateur, et que le mot *publié* n'équipollait pas à celui de *lu*. L'arrêt n'a eu aucun égard à ces moyens.

» La partie contre laquelle cet arrêt avait été rendu, en a demandé la cassation au conseil; et nous apprenons par une lettre du chancelier d'Aguesseau, du 30 décembre 1742, au premier président du parlement de Grenoble, quel a été le sort de cette tentative. *La question décidée par cet arrêt* (y est-il dit), *se réduisait à savoir si le terme de* PUBLIER *renfermait suffisamment dans son sens la lecture qui doit être faite au testateur, suivant les art.* 5 *et* 23 *de la dernière ordonnance sur les Testamens*. Vous voyez déjà que le chancelier ne trouve de difficulté que dans l'emploi du mot *publié*, au lieu du mot *lu*; et que, si le Testament eût porté *fait et lu*, au lieu de *fait et publié*, cet acte lui eût paru conforme à l'esprit de l'ordonnance, quoique d'ailleurs il n'y fût pas énoncé que la lecture avait été faite par le notaire. *Quelque spécieux* (continue la lettre) *que fussent les moyens de la demanderesse en cassation, le conseil du roi ne crut pas néanmoins qu'ils fussent assez décisifs pour lui donner lieu de détruire un pareil arrêt, soit parceque la question qu'on avait agitée au parlement de Grenoble sur la signification du terme* PUBLIER, *pouvait être regardée comme une question problématique et susceptible de différentes opinions, en sorte que la décision du parlement de Grenoble ne portait pas le caractère d'une contravention précise et formelle à la loi; soit parcequ'il paraissait qu'il avait été vérifié en première instance, que les notaires de Grenoble et des environs avaient toujours été en usage, soit avant ou depuis l'ordonnance de* 1735, *de se servir du terme* PUBLIER, *pour exprimer la lecture qu'ils avaient faite au testateur de sa disposition. C'est même cette dernière raison qui a prévalu véritablement dans l'esprit de MM. du conseil, pour faire rejeter la demande en cassation. On a cru que le parlement de Grenoble avait été plus en état qu'aucun autre tribunal, de juger du sens que l'usage du pays et le style des notaires avaient attaché au terme de* PUBLIER.. .. *Mais en même temps que l'on crut devoir laisser subsister l'arrêt qui était attaqué, tout le conseil pensa qu'il était cependant nécessaire de réformer l'expression impropre et trop vague dont les notaires de Grenoble ou des environs avaient accoutumé de se servir, et de les ramener à un style plus conforme à l'esprit et aux termes mêmes du législateur.*

» Ici, le chancelier d'Aguesseau entre dans quelques détails, pour prouver que le terme *publié* ne peut pas avoir, par lui-même, un sens identique avec le mot *lu*; que d'ailleurs il ne désigne pas *une lecture relative à la personne du testateur, et ordonnée directement et principalement par rapport à lui; c'était là* (continue-t-il) *le défaut essentiel du Testament que le parlement de Grenoble a confirmé, et*

Digitized by Google

qui, dans sa grande rigueur, aurait dû être déclaré nul, à en juger par la signification du terme publié, *et sans y joindre les autres circonstances qui pouvaient faire juger que, dans l'esprit du notaire, le terme de* PUBLIÉ *renfermait celui de* LU AU TESTATEUR; *mais il est encore plus sûr, pour prévenir tous les jugemens arbitraires et dépendans de différentes circonstances, d'obliger les notaires à s'exprimer d'une manière qui fasse entendre clairement que le Testament en entier a été lu au testateur, après qu'il a eu achevé de le dicter.*

» Deux choses sont à remarquer dans ce passage. D'abord, le chef de la justice, le rédacteur même de l'ordonnance de 1735, incline pour que la mention de la lecture soit faite de manière qu'il en résulte la preuve que cette lecture a été adressée au testateur. Cependant il convient que, si, dans le Testament dont il s'agit, le mot *lu* eût été substitué au mot *publié*, l'acte eût été inattaquable. Ensuite, pour plus grande sûreté, il désire qu'on oblige les notaires à s'exprimer en termes qui annoncent clairement, non qu'ils ont eux-mêmes fait la lecture (il ne va pas, il ne croit pas pouvoir aller jusque-là, sans ajouter à la loi), mais que la lecture a été faite au testateur.

» Et dans cette vue, il invite le parlement de Grenoble à rendre un arrêt en forme de réglement *pour faire cesser tout style impropre ou imparfait sur un point si important;* et il recommande que le procureur général, avant de présenter son réquisitoire à cette fin, lui en envoie le projet: *Il me mettra par là,* dit-il, *en état de mieux juger de la rédaction qu'il en aura faite, et qui peut être importante dans la matière présente.*

» En conséquence de cette lettre, le procureur général de Grenoble a présenté, et sans doute après en avoir concerté la rédaction avec le ministre, un réquisitoire par lequel il a exposé que, pour *prévenir les contestations auxquelles les différentes interprétations de ce mot unique* PUBLIÉ, *et les diverses circonstances du fait pourraient donner lieu, il serait nécessaire d'obliger les notaires de se conformer plus exactement à l'esprit et aux termes mêmes du législateur, en s'exprimant d'une manière qui fasse entendre clairement que le Testament, après avoir été dicté par le testateur, lui a été lu en entier en présence des témoins.* Ce sont là, comme vous le remarquez, les propres termes dont s'était servi le chancelier dans sa lettre au premier président; et il en résulte évidemment que le rédacteur de l'ordonnance ne voulait autre chose qu'une mention positive de la lecture faite au testateur, sans exiger que les notaires énonçassent qu'ils eussent eux-mêmes fait cette lecture.

» A la vérité, l'arrêt que le parlement de Grenoble a rendu sur ce réquisitoire, le 5 mars 1743, semble aller un peu plus loin: il ordonne aux notaires *de s'exprimer, au sujet de la lecture des Testamens, d'une manière qui ne puisse laisser douter qu'ils l'ont faite au testateur en présence des témoins, après que le testateur a achevé de dicter le Testament, soit en déclarant qu'elle a été par eux faite au testateur, soit en disant qu'ils ont lu, ou récité, ou répété mot à mot au testateur toutes les dispositions du Testament entier, soit en se servant d'autres expressions qui marquent clairement qu'ils ont fait au testateur, en présence des témoins, lecture du Testament entier, le tout à peine de nullité, de* 300 *livres d'amende et d'interdiction.....* Mais on se tromperait étrangement, si l'on inférait de là que le parlement de Grenoble lui-même eût entendu attacher la peine de nullité au défaut de mention expresse que la lecture faite au testateur, l'eût été par les notaires.

» Cela résulte de deux arrêts de ce tribunal, des 23 mars 1778 et 17 février 1782.

» Le premier confirme un Testament dont la fin était ainsi conçue: *ceci est de la demoiselle testatrice son dernier Testament nuncupatif, qu'elle veut et entend qu'il vaille par ce droit, par celui de codicille, et par tout autre qu'il pourra mieux valoir, nous requérant acte de tout son contenu que nous lui avons octroyé; fait, lu et stipulé mot à mot tout au long, sans divertir à autres actes, audit Saint-Donat, dans la maison qu'habite la demoiselle Chamel, en présence de....*

» Le second ordonne l'exécution d'un autre Testament terminé par cette clause: *ainsi fait, passé, lu et publié dans la maison dudit Vincent, testateur, signé avec les témoins sus-nommés.*

» Ces deux arrêts ont donc jugé valables, ainsi que l'a fait également celui du parlement de Dijon, du 25 juin 1778, des Testamens qui, bien loin d'énoncer que la lecture qui en avait été faite, l'eût été par le notaire, n'énonçaient même pas qu'elle l'eût été au testateur.

» Sur ce dernier point, ils étaient rigoureusement calqués sur le texte de l'ordonnance, qui n'exige pas autre chose que la lecture; mais ils n'étaient conformes, ni à la lettre du chancelier d'Aguesseau, du 30 décembre 1742, ni à l'arrêt de réglement du 5 mars 1743, lesquels, en ajoutant à la loi, déclaraient qu'elle avait entendu assujétir les notaires à

Digitized by Google

constater que c'était aux testateurs qu'ils avaient fait la lecture de leurs dispositions. Cependant, nous ne voyons pas que ces arrêts aient été attaqués, encore moins qu'ils l'aient été avec succès.

» Nous devons pourtant convenir que, sur le même point, c'est-à-dire, sur la mention de la lecture adressée au testateur lui-même, il a été rendu, le 7 août 1783, pour le ressort du ci-devant parlement de Toulouse, une déclaration qui a érigé en loi l'opinion que cettte mention est absolument nécessaire; mais aussi il résulte clairement de cette déclaration, que les notaires ne sont pas strictement obligés d'énoncer que c'est par eux que la lecture a été faite. Voici dans quels termes elle est conçue :

» *Le feu roi, en confirmant l'usage des Testamens nuncupatifs écrits dans les pays où cet e forme de tester était autorisée par les statuts ou coutumes, a ordonné, par l'art.* 5 *de l'ordonnance du mois d'août* 1735, *que le notaire ou tabellion écrirait les dispositions desdits Testamens, à mesure qu'elles seraient prononcées par le testateur; qu'il serait ensuite fait lecture du Testament entier audit testateur, de laquelle lecture il serait fait mention par ledit notaire ou tabellion, afin de constater que le testateur a été assuré, par la lecture de son Testament entier, de l'exactitude du notaire à recueillir ses véritables volontés, telles qu'il les a énoncées. Nous sommes informés néanmoins que plusieurs notaires du ressort de notre parlement de Toulouse, en recevant des Testamens nuncupatifs écrits, ont cru remplir le vœu et satisfaire à la disposition de l'art.* 5 *de l'ordonnance de* 1735, *en ne faisant mention de la lecture faite au testateur, que par les mots :* fait, lu et récité en présence des témoins. *Nous sommes également informés que cette formule a donné lieu à des demandes en nullité de quelques Testamens; et que notre parlement de Toulouse, jugeant qu'elle n'établissait pas assez précisément que la lecture avait été faite au testateur, a prononcé la nullité des Testamens terminés par cette énonciation: et comme, en effet, le vœu de la loi ne serait pas véritablement rempli par une lecture qui pourrait n'avoir été faite qu'en présence des témoins, nous avons jugé à propos de ramener pour l'avenir tous les notaires à une exécution plus exacte de l'art.* 5 *de l'ordonnance de* 1735....

» *A ces causes, voulons et nous plaît que l'art.* 5 *de l'ordonnance du mois d'août* 1735 *soit exécuté selon sa forme et teneur; en conséquence, enjoignons à tous notaires.... de lire en entier au testateur les Testamens nuncupatifs qu'ils recevront, et de faire expressément mention que ladite lecture du Testament en entier a été faite au testateur en présence des témoins, ce qui sera observé, à peine de nullité. Validons néanmoins..... les Testamens reçus avant le jour de la publication des présentes...., dans lesquels il ne serait pas clairement exprimé que la lecture en a été faite au testateur.*

» Vous voyez que, par cette déclaration, le législateur adopte (comme vient encore de le faire le Code civil) l'opinion du chancelier d'Aguesseau sur la nécessité de la mention que c'est au testateur que la lecture a été faite; mais vous voyez aussi qu'il se contente de cette mention; qu'il n'y ajoute pas, pour les notaires, l'obligation d'exprimer qu'ils ont eux-mêmes lu les Testamens; qu'il ne trouve dans la clause, *fait, lu et récité en présence des témoins*, d'autre vice que de ne pas constater une lecture relative à la personne du testateur; et que cette clause lui paraitrait suffisante, si les mots *au testateur* s'y trouvaient intercalés.

» Cette déclaration proscrit donc implicitement l'interprétation que le tribunal d'appel de Douai a donnée, en ce qui concerne le Testament du 22 octobre 1792, aux art. 5 et 23 de l'ordonnance de 1735; et elle confirme au contraire celle qu'il a donnée, sinon d'intention, au moins de fait, aux mêmes articles, en ce qui concerne le codicille du 15 novembre suivant.

» Nous avons donc eu raison de dire que, si le tribunal d'appel de Douai s'est contredit par la manière dont il a prononcé sur ces deux actes, du moins c'est aux demandeurs que profite sa contradiction, et que, dès-là, ils ne sont pas recevables à s'en plaindre devant vous.

» Nous estimons, en conséquence, qu'il y a lieu de rejeter leur requête, et de les condamner à l'amende de 150 francs ».

Sur ces conclusions, arrêt du 24 floréal an 11, au rapport de M. Doutrepont, par lequel,

« Attendu qu'en supposant même que le tribunal d'appel de Douai se soit conformé aux dispositions de l'art. 23 de l'ordonnance de 1735, en déclarant nul le Testament solennel du 22 octobre 1792, il ne s'ensuit pas qu'il ait dû frapper de la même nullité le codicille du 15 novembre suivant, parcequ'il n'apparaît d'aucune partie du jugement dénoncé, que les demandeurs aient opposé quelque vice de forme à ce codicille;

Digitized by Google

» Le tribunal rejette le pourvoi... ».

On voit que cet arrêt élude la question et ne la juge pas. Mais il en a été rendu depuis un autre qui la décide de la manière la plus positive, et conformément à la doctrine que j'avais professée dans mes conclusions du 17 floréal an 11.

Le 21 prairial an 8, le sieur Delahaye-Delalande fait, à Argentan, devant un notaire et deux témoins, un Testament nuncupatif qui est ainsi terminé : « Telles sont les in-» tentions du testateur auxquelles il a déclaré » persister, *lecture faite ;* dont acte. Fait et » passé à Argentan.... ».

Il décède le 26 décembre 1814. Les légataires en faveur desquels il a disposé, demandent la délivrance de leurs legs. Son héritier soutient que le Testament est nul, parcequ'il ne constate pas que la lecture dont il fait mention, ait été adressée au testateur.

Le 11 juin 1818, arrêt de la cour royale de Caen qui, en effet, annulle ce Testament, comme n'exprimant pas assez clairement que c'est au testateur qu'a été faite la lecture dont il contient la mention; et comme ne remplissant point, par suite, le vœu de l'art. 23 de l'ordonnance de 1735.

Mais sur le recours en cassation des légataires, arrêt contradictoire du 15 décembre 1819, au rapport de M. Boyer, par lequel,

« Vu l'art. 23 de l'ordonnance de 1735 sur les Testamens..... ;

» Attendu, en ce qui touche le prétendu défaut de mention expresse de la lecture faite au testateur, que, dans l'article précité de l'ordonnance, le législateur, loin de prescrire, pour cette mention, des termes exclusifs et sacramentels, a, au contraire, formellement déclaré qu'il n'en exigeait aucun; qu'il suit de là que, pour remplir le vœu de la loi, il suffit que la mention de la lecture faite au testateur résulte clairement des expressions employées dans l'acte, ce qui se rencontre évidemment dans l'espèce, d'après le rapprochement et la liaison des mots *lecture faite*, avec ceux énonciatifs de la déclaration du testateur de *persister* dans sa volonté precédemment écrite;

» Qu'en vain les défendeurs ont objecté qu'il ne s'agissait ici que d'une simple interprétation d'acte, opération dans laquelle la cour royale de Caen a pu errer sans que son erreur donne matière à la cassation de son arrêt; qu'il s'agit, au contraire, de savoir si une formalité prescrite par la loi à peine de nullité, a été remplie ainsi et comme le veut la loi; ou, ce qui est la même chose, si le Testament attaqué est valable ou nul dans sa forme; ce qui constitue une véritable question de droit, dont la décision étant reconnue erronée, tombe dans le domaine de la cassation..... ;

» La cour casse et annulle.... ».

§. X. *La mention faite à la fin d'un Testament par acte public, qu'il a été fait au testateur* lecture du présent Testament, *suffit-elle pour prouver qu'il a été lu en entier ?*

Sur cette question, en même temps que sur une autre déja traitée au mot *Signature*, §. 3, j'ai donné, à l'audience de la cour de cassation, section des requêtes, le 8 messidor an 11, des conclusions ainsi conçues :

« Un jugement du tribunal d'appel de Bordeaux, du 4 floréal an 9, en réformant un jugement du tribunal civil du département de la Gironde, du 16 frimaire an 8, a déclaré valable, en faveur de Jacques Fellonneau, et au désavantage de Marie Fellonneau, sa sœur, le Testament que Léonard Fellonneau, père commun des deux parties, avait fait, dans la commune de Dabzac, le 30 août 1783, et qui était ainsi terminé : *Lecture faite à voix haute et intelligible par ledit notaire, en présence desdits témoins, audit testateur, de son présent Testament, il a déclaré l'avoir bien entendu, qu'il contient sa volonté, dont il requiert acte pour valoir après son décès; octroyé, fait et passé..... en présence de.....* (suivent sept noms), *tous témoins connus et requis, avec le testateur, ont déclaré ne savoir signer, de ce interpelés, sauf.....* (suivent deux noms de témoins), *qui ont signé avec le notaire.*

» Marie Fellonneau soutient qu'en confirmant ce Testament, le tribunal d'appel de Bordeaux a violé deux dispositions de l'art. 5 de l'ordonnance de 1735 : l'une, qui veut que le Testament nuncupatif solennel soit lu *en entier* au testateur, après que celui-ci l'a dicté et que le notaire l'a écrit; l'autre, qui, pour la perfection de ce Testament, exige que le testateur le signe, lorsqu'il sait signer.

» La première de ces dispositions, dit Marie Fellonneau, a été méprisée par le jugement dont je me plains; car le Testament du 30 août 1783 n'énonce pas qu'il en ait été fait lecture *en entier* au testateur.

» La seconde l'a été également; car le testateur n'avait point signé ses dernières dispositions, et cependant il savait signer : je le prouve par quatorze actes, dont le plus ancien est son propre contrat de mariage de 1734, et le plus récent de 1751.

Digitized by Google

» De là, suivant Marie Fellonneau, deux moyens de cassation dont le succès ne peut pas être douteux.

» Mais n'ont-ils pas été réfutés à l'avance par les motifs sur lesquels le tribunal d'appel de Bordeaux a basé son jugement?

» Et d'abord, dire dans un Testament, qu'il a été fait au testateur *lecture de son* propre *Testament*, que celui-ci *a déclaré l'avoir bien entendu, et qu'il contient sa volonté*, n'est-ce pas dire que le Testament a été lu *en entier?* Si le Testament n'avait pas été lu en entier, il ne serait pas vrai que *la lecture du Testament* eût été faite; car, faire la lecture d'un Testament, ce n'est pas en lire seulement une partie, c'est nécessairement lire tout ce qui le compose, c'est le lire d'un bout à l'autre, c'est le lire mot pour mot, tel que le testateur l'a dicté, tel que le notaire l'a écrit.

» L'ordonnance exige, il est vrai, la *lecture du Testament en entier*, et la mention expresse de cette lecture; mais, comme l'observe le chancelier d'Aguesseau, dans sa lettre du 30 décembre 1742, au premier président du parlement de Grenoble, *il n'y a rien de déterminé par la loi, sur la forme de l'expression; il suffit que le fond ou la substance même de ce qui en a été l'objet, soit exactement conservé, de quelque manière que le notaire juge à propos de l'exprimer, en sorte qu'il paraisse clairement que lecture entière de tout le Testament a été faite au testateur, avant qu'il l'eût signé.*

» Vous vous rappelez à quelle occasion le chancelier d'Aguesseau s'exprimait ainsi: nous avons eu l'honneur de vous en rendre compte à votre audience du 14 floréal dernier (1); c'était au sujet d'un Testament à la fin duquel il était dit simplement: *fait et publié audit lieu, dans la maison du domicile du testateur, en présence de.....* On attaquait ce Testament par trois moyens: 1° parceque le mot *publié* n'étant point synonyme de *lu*, il ne se trouvait dans l'acte aucune mention de la lecture qui avait dû en être faite; 2° parceque, même en donnant au mot *publié*, un sens équipollent à l'expression *lu*, du moins l'acte n'énonçait pas que la lecture eût été adressée au testateur; 3° parcequ'il n'y était pas dit que le Testament eût été lu en entier. Par arrêt du 29 mai 1742, le parlement de Grenoble ordonna l'exécution du Testament; et la lettre citée du chancelier d'Aguesseau nous apprend que la requête en cassation présentée au conseil contre cet arrêt, fut rejetée.

» Montvallon, dans son *Traité des successions*, tome 1er, page 323, nous retrace un arrêt du parlement d'Aix, du 19 décembre 1743, qui juge absolument de même et dans une espèce parfaitement semblable. Le notaire (ce sont ses termes) *ayant dit* FAIT ET PUBLIÉ, *le mot* PUBLIÉ *suffisait pour montrer qu'il avait été fait mention de la lecture du Testament.*

» Nous avons rapporté à votre audience du 14 floréal dernier, deux autres arrêts qui décident également que le seul mot *lu* emporte, dans un Testament, l'idée d'une lecture intégrale. Le premier, rendu au parlement de Dijon, le 25 juin 1778, a déclaré valable un Testament qui portait: *fait, lu, relu et passé à Verjux, dans une chambre basse du domicile du sieur testateur, en présence de.....* Le second, rendu au parlement de Grenoble, le 17 février 1782, a ordonné l'exécution d'un Testament que terminait une clause ainsi conçue: *fait, passé, lu et publié dans la maison dudit Vincent, testateur, signé avec les témoins susnommés.*

» Il est vrai que, par une déclaration du 7 août 1783, rendu pour le ressort du parlement de Toulouse, cette jurisprudence a été proclamée vicieuse; mais en quoi? En un seul point, en ce que de la formule, *fait, lu et récité en présence des témoins*, il ne résultait pas que la lecture eût été adressée au testateur, mais seulement qu'elle avait été faite aux témoins. Cette déclaration a donc implicitement reconnu que la formule *fait, lu et récité* remplissait, quant à la lecture du *Testament entier*, le vœu de l'ordonnance de 1735.

» Le premier moyen de cassation de Marie Fellonneau ne peut donc mériter aucun égard.

» Le second en mériterait davantage, s'il était prouvé que le testateur savait encore signer, lorsqu'il a fait son Testament. Vous auriez alors à examiner de nouveau la question qui s'est présentée à votre audience du 19 brumaire dernier, et dans laquelle vous avez préjugé, en admettant la requête de Marie-Anne Chateau-Challon, veuve de Charles Maillart et consorts, que, de la part d'une personne qui est prouvée avoir su signer au moment même de l'acte, la déclaration de ne savoir signer emporte nullité (1).

» Mais ici, point de preuve que Léonard

(1) *V.* le §. précédent.

(1) *V.* l'article *Signature*, §. 3.

Digitized by Google

Fellonneau sût encore signer en 1783. On prouve bien qu'il savait signer et qu'il signait effectivement en 1734, en 1741, en 1742, en 1746, en 1747, en 1748, en 1750 et en 1751. Mais savait-il encore signer, signait-il encore en 1783? Il a lui-même déclaré le contraire dans le Testament dont il s'agit; et aucune pièce n'étant produite pour infirmer sa déclaration, sa déclaration doit faire foi: elle le doit d'autant plus, qu'elle est appuyée par trente-huit déclarations semblables, faites dans autant d'actes passés par Léonard Fellonneau, dans l'intervalle de 1751 à 1783. On sent d'ailleurs qu'un simple campagnard qui, pendant trente-deux ans, a cessé d'écrire, peut facilement en avoir perdu l'habitude.

» C'est par cette considération qu'un arrêt du parlement de Paris, du 8 janvier 1783, dont nous avons détaillé l'espèce à votre audience du 19 brumaire dernier (1), a confirmé un Testament dans lequel le testateur qui n'avait pas signé depuis vingt ans, avait déclaré ne savoir signer.

» C'est aussi par cette considération que nous croyons devoir conclure au rejet de la requête de la demanderesse ».

Ces conclusions ont été adoptées par arrêt du 8 messidor an 11, au rapport de M. Lachèze,

« Attendu, sur le premier moyen, qu'étant constaté en fait par le jugement attaqué, que Léonard Fellonneau avait, depuis 1751, perdu l'habitude de signer, et qu'il ne le savait plus, ce qui s'est démontré par l'inspection de trente-huit actes dans lesquels il avait déclaré ne savoir signer, la déclaration semblable faite dans son Testament, ne s'écarte en rien du vœu de l'art. 5 de l'ordonnance de 1735;

» Attendu, sur le second moyen, que rien n'annonce dans ce même article, que le législateur s'y soit servi des mots *en entier*, pour en prescrire l'usage exclusif et sacramentel dans la mention de la lecture des Testamens; qu'il doit suffire, pour l'exécution de cette disposition, lorsque cette mention a été faite, qu'il ne résulte pas des expressions dont le notaire s'est servi, ou de la contexture de l'acte, que le Testament n'ait été lu qu'en partie; que, d'autre part, la déclaration du 7 août 1783 ne condamne les expressions dont les notaires du ci-devant parlement de Toulouse étaient dans l'habitude de se servir, qu'en ce qu'elles ne prouvaient pas que ce fût au testateur que le Testament avait été lu ».

§. XI. 1° *Lorsqu'après la clause qui énonce la lecture, le testateur ajoute d'autres dispositions, le défaut de mention que ces dispositions nouvelles ont été lues, en emporte-t-il la nullité, et cette nullité reflue-t-elle sur la partie du Testament qui a été réellement lue?*

2° *La mention de la lecture* AU TESTATEUR ET AUX TÉMOINS, *remplit-elle le vœu de la loi qui exige que la lecture soit faite au testateur en présence des témoins?*

La première de ces questions a été jugée en 1785, au parlement de Grenoble.

Dans le fait, Jean Troussier avait fait son Testament le 28 octobre 1763, deux ans avant sa mort, et pendant une maladie grave qui l'avait empêché de signer. Il avait d'abord légué 500 livres à chacune de ses trois filles, Marie, Madeleine et Marie-Anne; laissé ensuite l'usufruit de ses biens à Jeanne Gondrand, sa femme, jusqu'à ce que l'héritier eût 26 ans, époque où, son usufruit cessant, elle retiendrait une pension que deux parens régleraient; institué Joseph Troussier, son fils unique, son héritier universel; et enfin, déclaré qu'il voulait que son Testament valût comme tel, codicille, donation à cause de mort, et de la meilleure manière qu'il pourrait valoir.

Après ces dispositions, l'acte présentait les clauses suivantes: « Lu, publié et répété en » entier audit testateur et aux témoins ci-après » nommés, en présence de...., tous sept de » cette paroisse, témoins requis, *signés*, non » le testateur, pour ne pouvoir à cause de sa » grande faiblesse, de ce enquis et requis. Du » depuis, le testateur a fixé la pension de sa » femme, après la remission de l'hérédité à son » fils, à la quantité de six setiers seigle, quatre » setiers méteil, et de lui entretenir une vache » de laquelle elle jouira, et de tout le produit, » avec son habitation, sa vie durant, dans la » maison, son lit garni, la faculté de prendre » des herbes au jardin, et du bois au bûcher, » sans abus, un habit de trois en trois ans, » et quatre barils de vin par an, ou la moitié » de ce qui se percevra, au choix de l'héri- » tier; et au lieu de la vache, le testateur a » converti le produit d'icelle à trente livres » de chair de cochon, dix livres de beurre, » dix livres de fromage, avec une quarte de » sel. Ledit testateur donne aussi 20 livres

(1) *V.* l'article *Signature*, §. 3.

Digitized by Google

» pour faire dire des messes; un quartal de » sel aux pauvres de la paroisse; 6 livres aux » pénitens, qui seront employées à une croix » pour porter aux décès des confrères dans la » maison, et 3 livres à l'église; 30 sous à la » chapelle du Saint-Rosaire, et 30 sous aux » pénitens; et dans le cas que Madeleine » Troussier, sœur de lui testateur, lui sur- » vive, qu'elle ne puisse vivre en commun » avec l'héritier, il lui donne une pen- » sion annuelle et viagère de deux setiers de » seigle, pour la récompenser des services » qu'il a reçus d'elle; ainsi en la minute ». Suivent immédiatement les signatures de sept témoins et du notaire.

A la demande en nullité de ce Testament, Joseph Troussier, héritier institué, opposait que l'acte prouvant qu'il avait été fait d'un seul contexte, il fallait rapporter la clause où était insérée la mention de la lecture, soit aux dispositions qui précédaient cette mention et les termes *du depuis*, soit aux dispositions écrites après les mêmes mots, puisque l'acte n'avait été signé par les témoins et le notaire qu'à la fin, bien qu'il portât que le notaire et les témoins avaient signé avant les termes *du depuis;* que les Testamens en général, et surtout les testamens *inter liberos*, méritaient, dans les pays de droit écrit, la plus grande faveur; que d'ailleurs, suivant la règle *utile per inutile non vitiatur*, l'institution universelle d'héritier et les legs à titre d'institution particulière d'héritier, ayant été lus au testateur, cela suffisait pour faire entretenir le Testament.

Les trois filles légataires disaient, au contraire, que les termes *du depuis* placés dans l'acte immédiatement après la clause de mention de la lecture de tout ce qui précédait, étaient aussi expressifs que s'il avait été écrit, *après la lecture faite, le testateur lègue;* qu'on ne pouvait s'y méprendre; que le matériel de l'acte assurait aux yeux que les 36 lignes contenant huit legs, écrites dans cet acte à la suite des mots *du depuis*, n'avaient point été lues au testateur; que la mention antérieure de lecture ne pouvait se rapporter à ces 36 lignes écrites sans apostilles ni renvoi; qu'on ne pouvait pas même présumer que le testateur eût lui-même lu ces 36 lignes avant les signatures, puisque l'acte prouve qu'il était accablé de sa maladie, dans son lit, et qu'il n'avait pas signé à cause de sa grande faiblesse, *de ce enquis et requis;* que, suivant les auteurs les plus célèbres, notamment Dumoulin, la règle *utile per inutile non vitiatur*, est inapplicable en matière de solennité ou de forme, parceque c'est *quid individuum;* que l'art. 5 de l'ordonnance de 1735, le réglement de la cour de 1743, fait par ordre du roi (*V.* ci-devant, §. 9), exigeaient, sous peine de nullité, deux choses: 1° la lecture en entier du Testament, c'est-à-dire, de toutes ses dispositions; 2° la mention expresse de cette lecture dans l'acte; que ce qui était écrit dans l'acte dont il s'agissait, à la suite des mots *du depuis*, présentant huit différens legs, devait, sans contredit, être regardé comme des dispositions faisant partie du Testament; que, cependant, le matériel de cet acte assurait aux yeux que cette partie des dispositions, contenant huit legs écrits à la suite des termes *du depuis*, n'avait pas été lue au testateur; et que conséquemment la mention de la lecture de cette partie de ses dispositions, n'était pas et ne pouvait pas être dans l'acte; que l'art. 5 de l'ordonnance, en adoptant la règle du droit romain pour les testamens nuncupatifs, et voulant en conséquence que le testateur prononçât ses dispositions en présence des témoins et que le notaire les écrivît à mesure, exigeait bien que le Testament fût fait d'un seul contexte; mais que, bien loin de dire ni de faire présumer que de cela seul qu'il aurait été fait d'un seul contexte, il fallût conclure que la mention de la lecture entière, soit qu'elle fût placée au commencement, au milieu, ou à la fin de l'acte, se rapportait à toutes les dispositions, le législateur ne s'était pas borné à prescrire qu'il fût fait *uno contextu:* mais qu'outre cette solennité, l'art. 5 de l'ordonnance et le réglement de 1743 prescrivaient 1° qu'il fût fait au testateur lecture de toutes les dispositions; 2° que l'acte présentât dans son sein une mention de cette lecture, de telle manière qu'en lisant la clause de cette lecture, on ne pût pas douter, au désir du réglement de 1743, que cette lecture de toutes les dispositions avait été faite au testateur. Or, on ne pouvait pas dire que cette mention de lecture, là où elle était placée, se référât aux dispositions postérieures aux termes *du depuis*.

Ces raisons ont triomphé. Par arrêt rendu, le 30 avril 1785, à l'audience de la grand'-chambre, le parlement de Grenoble a annulé le Testament de Jean Troussier.

La question avait été jugée de la même manière, par des arrêts du même parlement, du 20 juillet 1731, au rapport de M. de Lemps, et du 17 juillet 1753, au rapport de M. de Charconne.

On trouvera dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Testament*, sect. 2, §. 3, art. 1, n° 13, deux arrêts de la cour de cas-

Digitized by Google

sation des 30 avril 1812 et 12 novembre 1816, qui jugent de même relativement à des Testamens faits sous l'ordonnance de 1735.

Le même recueil, sect. 2, §. 3, art. 2, n° 6 *bis*, en contient un autre du 19 avril 1809, qui applique la même décision à un Testament fait sous le Code civil.

C'est ce qu'a encore jugé, le 13 septembre suivant, un arrêt de la même cour, qui prononce en même temps sur la seconde des questions énoncées en tête de ce paragraphe. Je le transcris littéralement, tel qu'il a été rédigé par M. le rapporteur :

« La cour de cassation a rendu l'arrêt suivant entre les sieurs Guillaume et Astorq Martres, père et fils, propriétaires, habitans de la commune de Cros de Montamat, et Antoine Lagat, propriétaire à Aurillac, demandeurs en cassation d'un arrêt rendu par la cour d'appel de Riom, le 27 février 1808, d'une part : les sieurs Antoine-Joseph Lagat et Louis-Antoine Lagat, père et fils, propriétaires, demeurans en la même commune de Cros de Montamat, défendeurs, d'autre part.

» Fait. Le 15 ventôse an 13, Jeanne Lagat fit son Testament pardevant notaire. L'acte commence en ces termes : *Pardevant nous Giraud Combt....., présens les témoins ci-après.* Suivent les legs. L'acte est ainsi terminé : *et nousdit notaire ayant fait lecture d'icelui* (le Testament), *plusieurs fois, mot à mot et en entier, à la testatrice et aux témoins, ladite Lagat, testatrice, a dit et déclaré que le présent Testament contient son unique vouloir et dernière volonté, qu'elle nous a dictée mot à mot et de sa propre bouche et écrite de la main du notaire soussigné, et nous a requis acte du présent, en présence de.....* (les témoins) *soussignés avec nous, et la testatrice a déclaré ne savoir le faire, par nous de ce requise d'après la loi. Et sur la seconde lecture, avant la signature, la testatrice déclare donner aux pauvres de Cros 9 décalitres 94 centilitres de blé-seigle, délivrables après son décès, présens et soussignés les témoins ci-dessus.*

» Les demandeurs ont attaqué ce Testament comme nul; et le 11 avril 1807, jugement du tribunal d'Aurillac qui le déclare nul, conformément à l'art. 1001 du Code civil.

» Les motifs sont

» 1° Que, suivant l'art. 972 du Code civil, il doit être donné lecture au testateur du Testament, en présence des témoins, et qu'il doit être du tout fait mention expresse; que cette mention ne se trouve pas dans le Testament de Jeanne Lagat;

» 2° Que l'interprétation donnée par l'arrêt de la cour de cassation, du 18 frimaire an 14, à cet article, ne reconnaît pour équivalent aux termes précis qu'elle exige, que des termes identiques;

» 3° Que dire qu'un Testament a été lu à la testatrice et aux témoins, ou faire mention qu'il a été lu à l'une, en présence des autres, présente un sens très-opposé.

» La cour d'appel a infirmé ce jugement et déclaré le Testament valable, parceque la loi qui est sacramentelle, quant aux dispositions, ne l'est pas quant aux expressions dont on doit se servir pour en remplir le vœu; que les dispositions portées par l'art. 972, ont été observées; que le Testament a été lu par le notaire à la testatrice et aux témoins; qu'il en a été fait mention expresse, et que même, aussitôt après la lecture, les témoins ont été dénommés et désignés par leurs professions; que les mots, *lecture faite à la testatrice et aux témoins*, remplissent le vœu de la loi.

» Le pourvoi est fondé sur les art. 972 et 1001 du Code civil.

» La loi, disent les demandeurs, n'admet pas d'équivalent; elle veut que la lecture du Testament soit faite au testateur, en présence des témoins, et qu'il soit fait mention expresse de cette présence des témoins lors de la lecture du Testament au testateur, ainsi que de cette lecture. Lire un Testament au testateur et aux témoins ne présente pas la même idée que lire ce Testament en présence des témoins.

» Or, la loi n'ordonne pas seulement la lecture du Testament au testateur et aux témoins, mais cette lecture à l'un en présence des autres. Admettre l'un pour l'autre, c'est supposer qu'il suffit que le notaire donne à chacun séparément lecture de l'acte, tandis que la loi a une disposition contraire.

» Dans le Testament en question, on voit bien la présence des témoins, lorsque la testatrice dicte ses volontés; mais il n'est pas fait mention de cette présence, lors de la lecture qui en a été faite.

» D'ailleurs, le Testament fini, la testatrice fait un legs aux pauvres : elle ne dicte pas au notaire cette nouvelle disposition : celui-ci fait simplement mention de la volonté de la testatrice à cet égard. Après cette nouvelle disposition, il ne donne pas lecture à la testatrice, en présence des témoins, du Testament. Cet acte n'est donc pas dans la forme voulue par la loi.

» Les demandeurs opposent ensuite la cour

Digitized by Google

de Riom à elle-même : ils citent un arrêt de cette cour qui, selon eux, décide le contraire dans une espèce toute semblable; ils citent aussi un arrêt de la cour de cassation, du 18 frimaire an 14.

» Les défendeurs répondent : le droit français n'admet pas les subtilités du droit romain; en France, on s'attache plus au fond qu'aux formes. Les formes prescrites pour la confection des actes, sont de rigueur, mais elles ne sont pas sacramentelles : ce ne sont pas des formules qu'il faille suivre mot à mot. Si on les remplit, n'importe de quelle manière, la loi est satisfaite. Ce principe a été constamment et généralement adopté; il a dicté l'ordonnance de 1735, art. 23, et l'art. 972 du Code civil.

» Or, la cour d'appel déclare que les expressions, *lecture faite à la testatrice et aux témoins*, remplissent le vœu de la loi. Ce sera un mal jugé, si l'on veut, mais un mal jugé ne donne pas ouverture à cassation.

» D'ailleurs le Testament relate qu'il en a été donné une première, puis une seconde lecture; s'il y a des doutes sur la première lecture, il ne peut en exister quant à la seconde; et celle-ci ayant été donnée en présence des témoins, comme l'acte le relate, il n'y a plus d'équivoque. Ainsi, y eût-il du doute que la première lecture ait été faite en présence des témoins, comme ceux-ci étaient présens lors de la seconde lecture, la loi est satisfaite.

» En vain les demandeurs prétendent-ils qu'après la seconde lecture, la testatrice a fait une nouvelle disposition qui vient à la suite de la mention de cette seconde lecture; qu'on ne voit pas que cette disposition ait été dictée au notaire par la testatrice, ni qu'il en ait été donné lecture à celle-ci en présence des témoins, et qu'alors l'acte est nul.

» En effet, 1° le moyen n'ayant été proposé ni en première instance ni sur l'appel, on ne peut le proposer en cassation. 2° La nullité, fût-elle acquise, ne frapperait que contre la nouvelle disposition, et non contre celles qui la précèdent.

» Enfin, l'arrêt de la cour que l'on invoque, n'a aucun trait à l'espèce; et, quant à l'arrêt de la cour de Riom que l'on prétend mettre en opposition avec elle-même, il n'est pas produit.

» Sur quoi, ouï le rapport de M. Vallée, les observations de Mathias pour les demandeurs, celles de Boucherau pour les défendeurs, et M. Pons, substitut du procureur général, dans ses réquisitions (1),

» Vu les art. 972 et 1001 du Code civil, lesquels disposent :

» Art. 972. *Si le Testament est reçu par deux notaires, il leur est dicté par le testateur et il doit être écrit par l'un de ces notaires, tel qu'il est dicté. S'il n'y a qu'un notaire, il*

(1) Voici, mot pour mot, comment ce magistrat s'est expliqué sur les deux moyens de cassation qui ont déterminé l'arrêt :

« Le testament de Jeanne Lagat, du 15 ventôse an 13, est-il valide, comme conforme à l'art. 972 du Code; ou nul, comme y étant contraire?

» Le tribunal de première instance l'avait jugé nul, la cour d'appel l'a déclaré valide.

» Son arrêt vous est dénoncé par le motif qu'il a violé l'article cité.

» M. le rapporteur vous a remis cet article sous les yeux. Je crois devoir vous le rappeler encore : *Si le Testament* (dit le législateur) *est reçu par deux notaires, il leur est dicté par le testateur, et doit être écrit par l'un des deux notaires, tel qu'il est dicté. S'il n'y a qu'un notaire, il* (le Testament) *doit être également dicté par le testateur et écrit par ce notaire. Dans l'un et dans l'autre cas, il doit en être donné lecture au testateur en présence des témoins.*

» C'est de cette dernière disposition de l'article, que le réclamant tire son moyen.

» Suivant lui, la mention de la lecture faite au testateur en présence des témoins, ne se trouve pas énoncée dans le Testament comme elle devait l'être.

» Les juges d'appel ont pensé qu'elle y était par équivalent; que ces expressions, *lecture faite a la testatrice et aux témoins*, accomplissaient le vœu de la loi.

» Mais s'il est vrai que la mention qu'une lecture de Testament faite à la testatrice et aux témoins, ne soit pas rigoureusement la même que la mention de la lecture faite à l'une en présence des autres; s'il est possible qu'on ait lu le Testament à la testatrice et aux témoins *séparément*, il est clair que l'arrêt querellé se sera écarté du texte de la loi qui n'admet point d'équivalent; que, d'ailleurs, il n'y en avait pas dans l'espèce; et que, par là, il se sera exposé à la cassation.

» S'il est possible, au reste, qu'il pût y échapper sous ce premier aspect, il n'y échapperait pas sous un autre qui présente, selon nous, une violation incontestable.

» Vous avez vu qu'après avoir dicté son Testament, la testatrice voulut faire un legs aux pauvres; mais ce n'est plus elle qui dicte cette disposition, c'est le notaire, qui se contente d'en faire la mention, et il n'y joint pas celle de la lecture qu'il a dû en donner à la testatrice en présence des témoins. *Un Testament ne forme qu'un seul contexte, les formalités qui doivent l'accompagner pour une disposition, doivent être observées pour toutes.* Dans celui dont il s'agit, il en est une survenue après coup, qui n'a été lue ni à la testatrice ni aux témoins. Il n'en faut pas davantage pour invalider l'ensemble du Testament. Les juges d'appel n'ont pu le déclarer valable que par une double violation de la loi ».

Digitized by Google

doit également être dicté par le testateur, et écrit par le notaire. Dans l'un et l'autre cas, il doit en être donné lecture au testateur, en présence des témoins..... Il est fait du tout mention expresse;

» Art. 1001. *Les formalités auxquelles les divers Testamens sont assujétis par les dispositions de la présente section et de la précédente, doivent être observées, à peine de nullité;*

» Considérant que, pour la validité du Testament, aux termes de l'art. 972, il faut qu'il en soit donné lecture au testateur, en présence des témoins, et que mention expresse en soit faite dans l'acte;

» Considérant qu'il ne résulte pas du Testament en question que lecture en ait été donnée à la testatrice en présence des témoins, notamment de la disposition par laquelle celle-ci lègue aux pauvres de la commune de Cros une certaine quantité de blé-seigle; qu'ainsi, en déclarant valable ledit Testament, la cour d'appel de Riom a fait une fausse application de l'art. 972 du Code civil, et par suite violé la disposition de l'art. 1001;

» La cour casse et annulle l'arrêt de la cour d'appel de Riom, en date du 27 février 1808.....».

§. XII. *Un Testament revêtu des formes prescrites par la loi qui était en vigueur au temps de sa confection, est-il annulé par une loi subséquente qui, du vivant du testateur, prescrit d'autres formes?*

Le 28 nivôse an 9, Robert-Charles Dudekun fait, à Bruxelles, en présence d'un notaire et de deux témoins, un Testament par lequel il dispose en faveur d'Eléonore et Justine Limminghe, ses nièces.

Le 25 ventôse an 10, il fait, dans la même ville et dans la même forme, un second Testament qui ajoute de nouvelles libéralités aux précédentes.

Il meurt le 19 prairial an 11, près d'un mois après la promulgation des articles du Code civil, concernant les formalités des dispositions à cause de mort.

Victoire-Amélie Desenfant, veuve Devillers, sa nièce, attaque les deux Testamens, et soutient qu'ils sont nuls, parcequ'ils ne sont pas revêtus des formes prescrites par le nouveau Code.

Le 5 fructidor an 11, jugement du tribunal de première instance de Bruxelles qui la déboute de sa demande et ordonne l'exécution des deux Testamens.

Appel, et le 15 frimaire an 12,

« Considérant que la loi du 13 floréal an 11 prescrit les formalités à suivre pour la validité des Testaméns, ne touche nullement à ceux faits avant sa promulgation, conformément aux règles lors d'usage, et n'ordonne point qu'ils soient recommencés en cas de survie du testateur; qu'en principe, un acte est valable ou nul, dès l'instant de sa confection, suivant que les parties se sont conformées ou ont contrevenu aux lois existantes, quand elles ont contracté;

» Que les dispositions nouvelles du Code relatives à la forme des testamens, n'ont pu et n'ont dû être observées qu'à dater de sa promulgation;

» Enfin, en fait, que les Testament et codicille dont il s'agit, sont revêtus des formes déterminées par les lois anciennes, et notamment par l'édit perpétuel de 1611;

» Le tribunal (d'appel de Bruxelles) dit qu'il a été bien jugé.....».

La dame Devillers se pourvoit en cassation. Elle emploie pour moyen principal tout ce qu'elle a dit devant la cour d'appel, et, subsidiairement elle y ajoute qu'en tout cas les Testamens dont il s'agit, devraient être annulés, parcequ'à l'époque où ils ont été faits, l'ordonnance de 1735 à laquelle ils ne sont pas conformes, faisait loi à Bruxelles.

« Le moyen subsidiaire que vous présente la demanderesse (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 1er brumaire an 13), repose sur une base absolument fausse. L'ordonnance de 1735 n'a jamais été publiée à Bruxelles; elle ne pouvait donc pas y faire loi, à l'époque où Robert-Charles Dudekun a testé. C'est une vérité si claire par elle-même, et d'ailleurs si nettement justifiée par l'art. 2 de la loi du 3 brumaire an 4, particulière à la Belgique, qu'il est difficile de concevoir comment la demanderesse a pu la méconnaître.

» Quant à son moyen principal, il vous présente une question d'un grand intérêt, mais sur laquelle vous ne trouverez vraisemblablement aucune difficulté. Il s'agit de savoir si un Testament fait dans une forme qui, à l'époque de sa confection, était régulière, devient nul et sans effet, lorsqu'avant la mort de son auteur, une loi nouvelle a changé cette forme et l'a remplacée par une autre.

» On vous dit pour l'affirmative, qu'un Testament n'est, pendant la vie de son auteur, qu'un projet de disposition; qu'il ne confère aucun droit à personne; qu'il reçoit, en quelque sorte, l'être par la mort même du testateur; qu'ainsi, tant que le testateur est

Digitized by Google

vivant, le Testament n'a point d'existence réelle; qu'on ne peut donc, pour savoir s'il est en bonne forme, consulter que la la loi du moment où le testateur a cessé de vivre; et que conséquemment si, avant de cesser de vivre, le testateur a été soumis à une loi qui, sur la forme de tester, différait de celle qui avait présidé à ses premières dispositions, ses premières dispositions ont, par cela seul, perdu tout leur effet.

» On pourrait, comme vous le voyez, Messieurs, faire le même raisonnement à l'égard d'un testateur qui, après avoir disposé dans le lieu de son domicile actuel, suivant la forme qu'il y a trouvée en vigueur, transférerait son domicile dans un autre lieu où la forme de tester serait différente, et y mourrait sans avoir refait son Testament. A coup sûr, dans cette hypothèse, le Testament resterait valable, nonobstant la mort subséquente du testateur sous l'empire d'une loi nouvelle. Et pourquoi n'en serait-il pas de même dans notre espèce?

» Il faut bien distinguer dans tous les actes de la vie civile, ce qui tient à leur forme purement probante, d'avec ce qui est relatif à la capacité requise pour les faire et au fond de leurs dispositions.

» Pour tout ce qui concerne la capacité des parties et le fond des dispositions, il est de principe qu'on doit s'attacher principalement aux lois qui existent au moment où naît et s'acquiert le droit dérivant des actes. *Actus pendens, necdum usquequaque perfectus* (dit Abraham de Wesel sur les nouvelles ordonnances d'Utrecht, art. 22, n° 29) *omninò regitur constitutione novâ sub quâ complementum accepit ex quo jus oritur.* Ainsi, pour savoir si un testateur a pu disposer et s'il n'a pas transgressé les bornes légitimes, on doit consulter la loi du jour où il est décédé, parceque c'est ce jour seulement qu'a pu naître le droit de ses héritiers institués ou de ses légataires (1).

» Mais dans tout ce qui tient à la forme purement probante, il n'y a et il ne peut y avoir d'autre loi à suivre que celle du lieu et du moment où l'acte se passe. Une fois l'acte passé dans une forme probante, non seulement il prouve d'une manière authentique tout ce qu'il contient, mais le droit de le prouver lui est irrévocablement acquis; et il ne peut pas plus perdre ce droit, qu'il ne peut être dépouillé de la forme dans laquelle il a été passé, l'observation de cette forme et le droit de faire preuve étant deux corrélatifs inséparables l'un de l'autre. *Jus probationis* (dit Balde, sur le titre *de summâ trinitate*, au Code, n° 81) *oritur à principio; undè postea ex quo jus est ortum, non tollitur mutatione loci.* En effet (ajoute Boullenois, dans son *Traité des statuts réels et personnels*, tome 2, page 68), *il n'est ici question que de l'effet de la preuve et de l'authenticité de l'acte.* Or, cet effet *inest suæ causæ et titulo; et tunc sicut titulus est utilis, ità effectus est indivisibilis*, (ce sont encore les termes de Balde, à l'endroit cité).

» Saisissons bien cette idée aussi profonde que lumineuse: dès que l'acte est revêtu d'une forme probante qui lui assure son effet, cet effet est indivisible: *tunc sicut titulus est utilis, ità effectus est indivisibilis.* Il y aurait cependant, si l'on admettait le système de la demanderesse, bien des occasions où cet effet serait divisé.

» Supposons, par exemple, qu'un Suisse possessionné en France, en Allemagne, et en Helvétie, passant par Bruxelles, en l'an 9, y ait fait un Testament dans la forme réglée par l'édit perpétuel de 1611; qu'il se soit ensuite retiré dans son pays et qu'il y soit mort après la promulgation du Code civil en France: très-certainement ses dispositions auront leur effet sur les biens qu'il aura laissés en Helvétie et en Allemagne; car, dans l'une et dans l'autre contrée, on ne s'attachera qu'à la forme déterminée par la loi du moment où il a testé; et on n'ira pas imaginer qu'en ne renouvelant pas son Testament après la publication d'une loi nouvelle qui a pu ne pas parvenir jusqu'à lui, il est censé l'avoir révoqué. Pourquoi donc ses dispositions ne seraient-elles pas également exécutées en France? Est-il possible de diviser ainsi la foi due à un acte authentique? Est-il possible que tel acte prouve dans un lieu et ne prouve pas dans un autre?

» Supposons encore un Français possessionné en France et en Bavière, qui, passant par Munich, y fasse un Testament devant notaires dans la forme locale, revienne ensuite en France, et y meure après qu'une nouvelle loi bavaroise a changé la forme de tester. Bien sûrement, ses dispositions seront exécutées en France, puisque l'art. 999 du Code civil permet à tout Français qui se trouve en pays étranger, d'y tester *par acte authentique, avec les formes usitées dans le lieu où l'acte sera passé;* et il serait sans doute bien étrange que son Testament ne reçût pas aussi son exécution en Bavière.

» Au surplus, toute supposition à part, il a été constamment reconnu que les Testamens

(1) *V.* les conclusions rapportées ci-après, §. 15.

Digitized by Google

n'étaient pas annulés par l'effet des lois nouvelles qui, du vivant des testateurs, prescrivaient des formes différentes de celles dont ils avaient été valablement revêtus.

» Paul de Castro, sur la loi 29, C. *de testamentis*, établit ce principe de la manière la plus positive : *Si hodiè*, dit-il, *fiat statutum quòd in testamentis servetur certa solemnitas, aliàs non valeant : si sint aliqua jam facta sine illâ solemnitate, nihilominùs valebunt, licet testator potuerit mutare et solemnitatem illam servare, quia non arctatur ad hoc.*

» Le même principe est enseigné par Vasquius, *de successionibus*, n° 9 ; voici ses termes : *Testamentum non vitiatur, si posteà fiat lex novam formam dans testamentis, licet testator testamentum mutare potuerit.... quia sufficit quòd actus qui factus fuit antè legem novam, fuerit sine culpâ, et testamentum quod anteà fecit prædictus testator, fuerit legitimè factum et secundùm jus quod tunc vigebat. Et ità cùm testamentum prædictum fuerit legitimè factum, non meretur pœnam annullationis ipsius.* Vasquius ajoute que telle est également l'opinion de Balde sur la loi *si quis heredem*, C. *de institutionibus sub conditione factis*.

» Et Abraham de Wesel, sur les nouvelles ordonnances d'Utrecht, art. 22, n° 35, en fait expressément l'application à l'art. 17 de ces lois qui exige que les témoins testamentaires soient âgés de dix-huit ans : cet article, dit-il, ne préjudicie pas à la validité des Testamens faits auparavant, en présence de témoins âgés de quatorze années seulement : *Nec infirmabitur testamentum secundùm præcepta juris veteris à teste quatuordecim annis majore subscriptùm, ex eo quod articulus 17 testamentariis testibus grandiorem, octodecim annorum ætatem præfinit.*

» Du reste, ces jurisconsultes n'ont pas créé, de leur propre autorité, le principe sur lequel ils fondent leur doctrine ; ils l'ont puisé dans deux lois romaines qui l'avaient proclamé longtemps avant eux. Par la loi 29, C. *de testamentis*, Justinien assujétit les testateurs à quelques nouvelles formalités ; mais en même temps il déclare que sa disposition ne sera obligatoire que pour les Testamens qui seront faits à l'avenir ; et il en donne une raison qui, par sa généralité, est applicable à toutes les espèces du même genre : *quæ posterùm tantùmmodo observari censemus, ut quæ testamenta post hanc novellam nostri numinis legem conficiuntur, hæc cùm tali observatione procedant. Quid enim antiquitas peccavit, quæ præsentis legis inscia, pristinam secuta est observationem ?* Le même législateur dans le chap. 1er de sa novelle 66, revient encore sur cette loi ; il détermine les diverses époques où elle doit être censée avoir été suffisamment connue dans chaque partie de l'empire ; et en déclarant de nouveau que les Testamens faits précédemment, ne sont pas compris dans sa disposition, il ajoute que sa disposition ne doit pas même comprendre ceux de ces actes dont les auteurs ont survécu à la publication de la nouvelle loi : *Non enim* (ce sont ses termes), *infringi defunctorum volumus dispositiones, sed ratas esse per omnia declaramus ; ut si vel proximè scripta sint testamenta post positionem legis, nondùm verò contigerit constitutiones factas innotuisse, et superviventibus fortè testatoribus non sunt mutata : maneant etiam sic institutiones quæ ab initio secundùm tunc certas extantes factæ sunt leges, propriam virtutem habentes, et non accusandæ eo quod tempore quo supervixerunt illi, eas non mutaverunt. Nec enim omnia sunt in nobis, nec semper quibusdam tempus fit testandi repentè ; plerùmque enim incidunt hominibus mortes, testandi eis potestatem auferentes. Quamobrem ab initio factum rectè, eo quod non fuerit mutatum, non arbitramur posteà mutari aut aliquo modo infringi ; sed immutilatam manere quæ tunc placuit testatoribus sententiam validèque servari. Erit namque absurdum ut quod factum est rectè, ex eo quod tunc non erat factum, posteà mutetur.*

» C'est sur ces deux lois que s'est modelée l'ordonnance de 1735, lorsqu'elle a déclaré, art. 80, que *les Testamens dont la rédaction ou la suscription auraient une date certaine et authentique avant la publication des présentes....., seraient exécutés ainsi qu'ils auraient pu ou dû l'être avant la présente ordonnance, et ce encore que le testateur ne fût décédé qu'après qu'elle aurait été publiée.* Et l'un des commentateurs de cette ordonnance, Sallé, fait bien voir que sa disposition n'est que la conséquence des notions les plus saines et les plus exactes du droit : *C'est un principe certain* (dit-il) *qu'une loi nouvelle ne peut avoir un effet rétroactif ; et qu'elle n'assujétit que pour le temps postérieur à sa promulgation : de là, les Testamens qui ont des dates authentiques antérieures à la publication de notre ordonnance, soit par eux-mêmes, soit par leur dépôt chez un officier, ne doivent point être jugés par les dispositions qu'elle contient, mais relativement à la jurisprudence qui avait lieu dans chaque pays, avant que l'ordonnance intervînt pour les fixer. Le seul cas qui aurait pu occasioner quelques*

Digitized by Google

difficultés à cet égard, aurait été si le testateur était décédé après la publication de cette nouvelle loi; alors, il semble qu'on aurait pu lui reprocher de ne s'y être pas conformé, en abrogeant son ancien Testament, et en en faisant un nouveau, avec toutes les formalités qu'elle exige; mais un pareil reproche pourrait-il avoir un fondement légitime? Quoiqu'un Testament n'ait d'exécution qu'après le décès de son auteur, il suffit que sa date soit authentique avant l'ordonnance, pour en assurer l'exécution. Peut-on me faire un crime de n'avoir point observé une loi que je ne connaissais pas, ni ne pouvais connaître lors de mon acte? Vouloir m'obliger à le recommencer, parceque je survis à la publication de cette loi, ce serait indirectement lui donner un effet rétroactif. Aussi l'article ajoute : ET CE ENCORE QUE LE TESTATEUR NE SOIT DÉCÉDÉ QU'APRÈS QU'ELLE AURA ÉTÉ PUBLIÉE ».

» Et vainement vient-on vous dire que la disposition de cet article aurait été inutile, si elle eût été de droit; qu'en l'insérant dans son ordonnance, le législateur a implicitement déclaré que, sans cette disposition, son ordonnance eût rétroagi, quant à la forme, sur les Testamens antérieurs; qu'enfin, cette disposition ne se retrouve pas dans le Code civil, et qu'en l'omettant dans le Code civil, le nouveau législateur est censé l'avoir rejetée.

» D'abord, c'est s'abuser étrangement que de regarder toutes les dispositions de l'ordonnance de 1735, comme tellement nécessaires, qu'aucune n'eût pu, en cas d'omission, y être suppléée comme maxime de droit. Le grand objet du rédacteur de cette ordonnance, a été de prévenir les procès; et cet objet n'aurait été rempli que très-imparfaitement, s'il n'y eût pas rappelé des règles déjà connues, déjà sanctionnées par tous les suffrages; aussi cette ordonnance est-elle remplie de dispositions de cette nature.

» Ensuite, il n'est pas étonnant que l'art. 80 de l'ordonnance de 1735 ne se retrouve pas dans le Code civil; il n'y aurait formé qu'un pléonasme, d'après le soin qu'avait pris le Code civil de déclarer, pour tous les cas indistinctement, par son deuxième article, que *la loi ne dispose que pour l'avenir,* et qu'*elle n'a point d'effet rétroactif.*

» Enfin, Messieurs, la question est décidée formellement par deux déclarations de l'ancien gouvernement de la Belgique, rendues les 12 janvier 1617 et 27 novembre 1623, sur des référés des conseils de Brabant et d'Artois, qui présentaient la question de savoir si, d'après l'art. 12 de l'édit perpétuel de 1611, on devait annuler les Testamens faits avant la publication de cet édit, dans une forme différente de celle qu'il avait prescrite : *Leursdites altesses* (porte la première de ces déclarations) *ayant le tout fait voir et examiné en leur conseil privé, ont déclaré et déclarent par cette, que ledit art.* 12 *ne doit avoir lieu au regard des Testamens faits auparavant la date d'icelui édit,* ENCORE QUE LES TESTATEURS AIENT VÉCU LONGTEMPS DEPUIS. La seconde déclaration est conçue à peu près dans les mêmes termes (1). Et nous n'avons pas besoin d'observer que ces deux lois n'auraient pas pu, même par forme d'interprétation, disposer comme elles l'ont fait, si, dès le moment où avait paru l'édit perpétuel de 1611, il n'avait pas été constant d'après les principes généraux de la matière, qu'il ne devait régler que les Testamens qui seraient passés à l'avenir; car, si par lui-même, cet édit eût dû influer sur les Testamens faits avant sa publication, il n'aurait pas été au pouvoir du législateur d'en faire cesser l'effet à leur égard, et par là de priver les héritiers *ab intestat* du droit qui leur eût été irrévocablement acquis de les faire annuler.

» Il reste cependant encore à la demanderesse une objection qu'elle paraît regarder comme décisive. Les Testamens que j'attaque, dit-elle, portent, à la vérité, une date antérieure à la publication de la loi du 13 floréal an 11; mais cette date n'est point certaine; elle n'aurait pu devenir telle, que par la formalité de l'enregistrement; et il est de fait que les Testamens dont il s'agit, n'ont pas été enregistrés avant la mort de leur auteur; la loi du 22 frimaire an 7 voulait même qu'ils ne le fussent qu'après sa mort : rien ne prouve donc que ces Testamens aient été faits sous l'empire de l'édit perpétuel de 1611.

» Il est vrai que la formalité de l'enregistrement, dans les cas et dans les délais où elle est nécessaire, peut seule assurer la date des actes émanés des officiers publics; mais dans les cas et dans les délais où elle n'est pas essentiellement requise, ces actes font par eux-mêmes pleine foi de leur date. Ainsi, par le §. 3 de l'art. 70 de la loi du 22 frimaire an 7, les actes du gouvernement, ceux du corps législatif, ceux de l'administration publique non compris dans les articles précédens, ceux de l'état civil, et un grand nombre d'autres sont affranchis de la formalité de l'enregistrement; et cependant qui oserait prétendre que ces actes n'ont point de date

(1) *Anselmo*, sur l'édit perpétuel de 1611, art. 11, 12, 13 et 14, n° 1.

Digitized by Google

certaine? Qui oserait prétendre que leurs dates ne sont pas authentiques? Par l'art. 20 de la même loi, le délai pour faire enregistrer les contrats notariés, est tantôt de dix, tantôt de quinze jours : dira-t-on pour cela qu'un contrat notarié qui n'a été enregistré que le dixième ou le quinzième jour après sa passation, ne fait pas foi qu'il a été effectivement passé le jour même dont il porte la date? Ce serait assurément une grande absurdité. Comment donc peut-on sérieusement soutenir qu'à défaut d'enregistrement pendant la vie du testateur, un Testament notarié ne fait pas foi de sa date? La loi accorde, pour le faire enregistrer, un délai de trois mois à compter du jour où le testateur a cessé de vivre. L'enregistrement qui s'en fait dans ce délai, doit donc opérer le même effet qu'opère, relativement à un contrat, l'enregistrement qu'il subit le dixième ou quinzième jour après celui où il a été reçu par un notaire. L'enregistrement fait en temps utile, doit donc garantir l'authenticité de la date que porte un Testament, comme il garantit celle que porte un contrat.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête de la demanderesse ».

Sur ces conclusions, arrêt du 1er brumaire an 13, au rapport de M. Sieyes, par lequel,

« Attendu que le Testament et le codicille dont il s'agit, ont été faits à Bruxelles, conformément aux formalités prescrites par l'édit perpétuel de 1611, qui régissait la Belgique au moment de leur confection; que cet édit de 1611 n'a cessé d'être la loi du pays sur cette matière, que par la promulgation de la loi du 13 floréal an 11 qui fait partie du nouveau Code civil; que l'ordonnance de 1735 n'y a jamais été publiée;

» Attendu, quant à la forme de ces actes, qu'ils sont et restent réguliers, lorsqu'ils sont revêtus de toutes les formalités prescrites par les lois en vigueur dans le moment de leur confection, encore que ces formalités fussent pas la suite changées ou modifiées par de nouvelles lois; que ces lois ne disposent que pour l'avenir, et ne peuvent avoir d'effet rétroactif, ainsi qu'il est dit dans l'art. 2 du titre préliminaire du Code civil..... ;

» La cour rejette le pourvoi.... ».

V. l'article *Testament conjonctif*, §. 3.

§. XIII. 1° *Est-il nécessaire que la mention du fait que le Testament a été écrit par notaire, soit dans la clôture du Testament même; ou suffit-il qu'elle soit dans le préambule?*

2° *Énoncer que la lecture du Testament a été faite* en présence du testateur et des témoins, *est-ce énoncer suffisamment que cette lecture a été faite au testateur?*

Le 4 thermidor an 13, le sieur Laguerney-Sourdeval, âgé de quatre-vingt-sept ans, fait, dans la ville d'Argentan, lieu de son domicile, le Testament que voici :

« Pardevant nous Jules-David-Rose-Joseph-Sophie Lepage, notaire....., est comparu le sieur..... Laguerney-Sourdeval...., lequel a dicté son présent Testament et acte de dernière volonté audit notaire Lepage, soussigné, qui *a écrit la minute des présentes de sa main*, ainsi qu'il suit, en présence de....., tous quatre témoins majeurs, requis et appelés, et demeurans à Argentan.

» Je donne et lègue à Pierre Roger et Marie-Anne-Victoire Mousset, son épouse, demeurans à Argentan, et à Louise Leraitre, épouse du sieur Petit, demeurant à Argentan, *mes trois domestiques*, dans le cas où ils me survivront, la totalité de mes biens meubles et immeubles, de manière qu'ils les partagent par tiers, en sorte que ledit Roger et son épouse aient les *deux tiers*, et ladite, femme Petit seulement un *tiers*, et de manière que mes héritiers ne pourront leur contester la totalité de tout mon bien mobilier et immobilier que j'entends leur donner et léguer par le présent, en récompense de leurs bons et honnêtes services;

» A la charge, par lesdits légataires, de faire et payer.... (*suivent quatre legs particuliers de rentes viagères*);

» Lesquels legs particuliers seront payés par chacun an, après ma mort, par mes légataires universels, en exemption de toutes retenues;

» Instituant, en tant que de besoin, ledit Roger, Marie-Anne-Victoire Mousset, son épouse, et ladite Louise Leraitre, femme Petit, mes trois domestiques, mes héritiers ou légataires universels, *dans les proportions ci-dessus dites*;

» Telles sont les volontés du testateur jouissant de toutes ses facultés habituelles, et dictées mot après l'autre à nous notaire soussigné; *lecture faite au testateur par nousdit notaire, dont acte.*

» Fait et passé à Argentan, en notre étude, *après lecture réitérée en présence du testateur et desdits quatre témoins* ».

Le testateur décède au commencement du mois d'avril 1806.

En apposant les scellés, on trouve un Tes-

Digitized by Google

tament olographe du 28 germinal an 12, contenant les mêmes dispositions que celui du 4 thermidor an 13.

Le 11 du même mois, Pierre Roger, l'un des légataires universels, présente ce Testament au président du tribunal civil d'Argentan, qui en constate l'état, et en ordonne le dépôt chez un notaire.

Le 16 du même mois, les trois légataires universels obtiennent du même magistrat une ordonnance qui les envoie en possession de tous les biens de la succession.

La veuve Troley, le sieur Philippe et son épouse, se prétendant héritiers du défunt, forment opposition à la levée des scellés.

Le 20, les légataires universels leur font signifier les deux Testamens et l'ordonnance d'envoi en possession. Le 5 mai, la veuve Troley, le sieur Philippe et son épouse forment opposition à cette ordonnance.

Le 27 du même mois et le 26 juillet, intervention des demoiselles Larmanger et du sieur Marette, cousins issus de germains du défunt, et comme tels, parens à un degré plus proche que la veuve Troley et les sieur et dame Philippe.

Après divers incidens dont le détail serait ici fort inutile, la cause est portée, sur le fond, à l'audience du tribunal civil d'Argentan.

Les héritiers y concluent 1° à ce que le testament olographe soit rejeté, comme ne pouvant concourir avec le Testament public qui lui est postérieur, comme révoqué par celui-ci, et enfin parceque ni l'écriture ni la signature n'en sont reconnues et vérifiées; 2° à ce que le Testament public soit déclaré nul, faute de mention expresse que lecture en a été faite au testateur en présence des témoins; 3° et subsidiairement à ce qu'il leur soit permis de prouver, par témoins, vingt faits qui établissent, selon eux, que le testateur était en démence à l'époque où il a disposé, et que ses dispositions ont été captées et suggérées.

Les légataires universels concluent, de leur côté,

« A ce qu'attendu qu'il est de notoriété publique en la ville d'Argentan, que le sieur Sourdeval était homme d'esprit, qu'il avait même des connaissances recherchées, qu'il avait rempli les fonctions de greffier du tribunal pendant quarante ans de sa vie; qu'il avait sa volonté très-déterminée, tellement qu'il était très-difficile de le faire changer de façon de penser, quand il en avait adopté une, et qu'il a conservé cette fermeté d'opinion et de volonté jusqu'à sa mort;

» Attendu que tant qu'il a vécu, aucun de ses collatéraux ne s'est avisé de vouloir poursuivre ou provoquer son interdiction, parceque véritablement il a conservé toutes ses facultés intellectuelles jusqu'au dernier moment;

» Attendu que, loin que sa volonté ait été captée par ses domestiques, et qu'ils l'aient tenu en chartre privée, il est encore de notoriété publique que le sieur Sourdeval se promenait journellement, sans être accompagné de ses domestiques, avec différentes personnes, sur le cours de cette ville, et que, s'il avait des bontés pour ses domestiques, il avait en même temps toute la fermeté pour leur faire exécuter ses volontés;

» Il plaise au tribunal les maintenir dans la propriété et possession de tous les biens de la succession, conformément aux deux Testamens, l'un olographe, l'autre public; en conséquence, déclarer les prétendus héritiers non-recevables et mal fondés à attaquer lesdits Testamens, ainsi que dans leurs conclusions tendantes à la preuve des prétendus faits de captation et de démence par eux articulés ».

A ces conclusions, les légataires universels, pour répondre à la dénégation faite par les héritiers, de l'écriture et la signature du testament olographe, en ajoutent d'autres qui tendent « à ce qu'il soit ordonné que l'écriture et la signature de ce Testament seront vérifiées tant par titres que par experts et par témoins, pour, par ces derniers, établir que le sieur Sourdeval a montré et fait voir ledit Testament; qu'il a consulté différentes personnes, pour savoir s'il était bon et valable; et qu'il leur a dit qu'il était en entier écrit, daté et signé de sa main ».

Le 4 avril 1807, jugement contradictoire, ainsi conçu :

« La cause offre les questions suivantes :

» 1° Le testament olographe du 28 germinal an 12 peut-il concourir avec le Testament public du 4 thermidor an 13, lorsque l'un et l'autre contiennent en tout les mêmes dispositions au profit des mêmes personnes?

» 2° Le testament public du 4 thermidor an 13 est-il nul, faute de mention de lecture au testateur en présence des témoins? Ou bien cette formalité se trouve-t-elle remplie par la présence constatée des témoins, pendant tout le cours du Testament, dont *le notaire certifie avoir donné lecture au testateur et aux témoins?*

» 3° La preuve des faits de démence, lorsque le testateur n'a point été interdit de son

Digitized by Google

vivant, est-elle admissible contre un Testament olographe et un Testament public?

» 4° La preuve de captation et de suggestion est-elle admissible dans notre législation actuelle, contre un Testament olographe et contre un Testament public, fait à 14 mois de distance l'un de l'autre, et contenant en tout, l'un et l'autre, les mêmes dispositions?

» 5° En supposant cette preuve admissible, les faits détaillés dans les mémoires et dans les conclusions, sont-ils concluens et pertinens?

» 6° Les legs universels faits au profit des domestiques, sont-ils, d'après le Code civil, susceptibles de réduction, lorsque le testateur ne laisse ni ascendans ni descendans, mais au contraire, comme dans l'espèce, des collatéraux très-éloignés?

» 7° Doit-on ordonner la vérification du Testament olographe, toutes fins et exceptions réservées?

» Le tribunal, considérant que le Testament olographe et le Testament public contiennent l'un et l'autre les mêmes dispositions, et sont en faveur des mêmes personnes; qu'ainsi, le dernier est confirmatif du premier; d'où il résulte qu'il n'y a pas eu de changement de volonté de la part du testateur; que conséquemment l'on ne peut pas dire que, par son dernier Testament, il ait révoqué le premier; qu'il résulte, au contraire, d'après l'art. 1036 du Code civil, que ces deux Testamens doivent concourir; et que, si l'un d'eux était nul, l'autre qui serait régulier, devrait être exécuté;

» Considérant que, d'après ces principes, si l'un ou l'autre Testament était reconnu valide, les légataires devraient être maintenus dans la propriété et jouissance de leurs legs; mais que, d'un côté, le tribunal ne peut, quant à présent, statuer sur le Testament olographe, que les héritiers ne regardent que comme un projet de Testament abandonné, et dont ils ont déclaré dans leurs plaidoiries, ne pas reconnaître l'écriture et la signature pour être celle du sieur Sourdeval; sans qu'au préalable la minute en ait été déposée au greffe, et sans que la vérification en ait été faite;

» Considérant que, d'un autre côté, il ne serait de l'intérêt d'aucune des parties que le tribunal prononçât séparément sur la validité du Testament notarié, à cause des incidens qui pourraient en résulter, et qui retarderaient nécessairement la décision au principal;

» Considérant, à l'égard des faits de suggestion et de captation articulés, que la jurisprudence en avait toujours admis la preuve, quoique plus difficilement sur les testamens olographes; et qu'il paraît que le Code civil s'en est rapporté, par son silence, à la prudence et à la sagesse des tribunaux;

» Qu'en supposant qu'il fallût, pour l'admettre, certain nombre de présomptions, il en résulterait de suffisantes du grand âge du sieur de Sourdeval; âge qui très-vraisemblablement avait influé sur son moral et son physique; qu'il résulterait aussi des présomptions, du montant des legs;

» Que véritablement les faits articulés considérés isolément, *ne paraîtraient pas en grande partie, bien concluans;* mais qu'il est possible que tous dans leur ensemble, *après les explications des témoins,* forment une preuve suffisante; qu'au surplus, il est du devoir du tribunal de ne négliger aucun moyen qui puisse tendre à éclairer sa religion; et qu'en ordonnant ainsi cet interlocutoire, il n'en résultera aucun préjudice aux parties, en leur réservant tous leurs moyens et exceptions....;

» Par ces motifs, le tribunal, toutes fins et exceptions réservées, tous moyens tenant et sans y préjudicier, se réservant de statuer sur le tout en jugeant définitivement, a donné acte à la dame veuve Troley et aux sieur et dame Philippe, de ce qu'ils ont déclaré s'en rapporter à justice; a ordonné que le testament olographe sera apporté et déposé en ce greffe, pour en être dressé procès-verbal par M. Lefessier-Grandpré, président, et nommé commissaire à cet effet, et ce, en présence du ministère public, pour ensuite être nommé des experts aux fins de la vérification de l'écriture et de la signature dudit Testament, et convenu de pièces de comparaison, conformément à la loi;

» Et, à l'égard des faits de captation et de suggestion articulés, le tribunal a de même, toutes fins et exceptions réservées, et sans y préjudicier, les parens dudit sieur Leguerney appointés à en faire la preuve;

» Les légataires appointés à la preuve du contraire, et, de leur chef, appointés à prouver et vérifier les faits articulés par eux dans leurs conclusions ci-dessus transcrites ».

Les légataires universels appellent de ce jugement; et le 23 juillet 1807, la cour de Caen prononce en ces termes :

« En droit, 1° devait-on ordonner la vérification du testament olographe et la preuve des faits de suggestion, avant de statuer sur la validité du Testament notarié? 2° Dans le

Digitized by Google

cas de la négative, le Testament notarié est-il nul? 3° La preuve des faits articulés est-elle concluante et admissible?

» Attendu qu'en statuant sur le sort du Testament notarié, et s'il était jugé valable, la vérification du testament olographe devenait inutile; que, sous ce rapport, le tribunal dont est appel, devait s'occuper de cette question, et que la cour doit faire ce qu'il n'a pas fait;

» Attendu que le Testament authentique est revêtu de ses formalités et conforme à la loi, et qu'il est exprimé qu'il en a été fait lecture en présence du testateur et des témoins;

» Attendu qu'il est inutile d'examiner le Testament olographe, si le Testament notarié est valable;

» Attendu que les faits sont inconcluans et quelques-uns contradictoires;

» La cour infirme le jugement dont est appel; ordonne que le Testament du 4 thermidor an 13 sera exécuté conformément à l'art. 1006 du Code civil; maintient les légataires dans la possession et jouissance de l'universalité des biens dudit feu sieur Leguerney; accorde main-levée de toutes oppositions et séquestres; dit à tort le trouble apporté par les parens; les condamne aux dépens des causes principale et d'appel.... ».

Les demoiselles Larmanger et le sieur Marette se pourvoient en cassation contre cet arrêt.

« Quatre moyens de cassation (ai-je dit à l'audience de la section civile, le 18 octobre 1809) vous sont proposés par les demandeurs:

» 1° Contravention à l'art. 972 du Code civil, d'une part, en ce que le Testament du 4 thermidor an 13 n'énonce pas, d'une manière suffisante, qu'il a été écrit par le notaire devant lequel il a été passé; de l'autre, en ce qu'il n'y est pas exprimé que la lecture en a été faite *au testateur en présence des témoins;*

» 2° Contravention à l'art. 504, fausse application de l'art. 901 du même Code, et violation de l'autorité de la chose jugée, en ce que la cour d'appel a repoussé la preuve des faits de suggestion articulés par les demandeurs, et en ce qu'elle n'a eu aucun égard aux preuves de démence qui résultaient du Testament même;

» 3° Contravention à l'art. 1023 du même Code et déni de justice, en ce que la cour d'appel n'a pas réduit les dispositions universelles faites en faveur des domestiques, et n'a pas même débouté les héritiers de leur demande en réduction;

» 4° Fausse application de l'art. 1006, et violation des art. 1003 et 1044 du même Code, en ce que la cour d'appel a jugé que les légataires à titre universel du sieur Sourdeval devaient jouir de la saisine que la loi n'accorde qu'aux légataires universels.

» Le premier de ces moyens se divise, comme vous le voyez, en deux branches.

» Et d'abord, en déclarant valable le Testament du sieur Sourdeval, quoique la mention qu'il a été écrit par le notaire, ne se trouve qu'au commencement de l'acte, quoique cette mention ne soit pas répétée dans la clôture de l'acte même, la cour d'appel de Caen a-t-elle, comme on le prétend, violé la disposition de l'art. 972 du Code civil, qui exige, sous la peine de nullité prononcée par l'art. 1001, que le Testament public, *lorsqu'il n'y a qu'un notaire,* soit *écrit par ce notaire*, et qu'il en soit fait *mention expresse?*

» Avant de répondre à cette question, nous devons en examiner une autre: c'est de savoir si le prétendu défaut de mention suffisante que le Testament a été écrit par le notaire, n'ayant pas été articulé par les demandeurs devant la cour d'appel de Caen, les demandeurs sont recevables à s'en faire devant vous un moyen de cassation.

» Ils ne le seraient évidemment pas, si, devant la cour d'appel de Caen, ils n'avaient pas expressément conclu à l'annullation du Testament dont il s'agit.

» Mais cette annullation, ils l'ont demandée dans les termes les plus exprès: elle a même été l'unique objet de la contestation sur laquelle la cour d'appel de Caen a prononcé; seulement ils l'ont demandée pour d'autres causes que le prétendu défaut de mention suffisante du fait matériel que le Testament a été écrit par le notaire. La question est donc de savoir si un moyen de droit qui n'a pas été employé devant la cour d'appel de Caen, à l'appui de la demande en nullité formée devant cette cour, peut être employé devant vous comme ouverture de cassation.

» Cette question nous paraît dépendre du plus ou moins de latitude qu'on doit donner à l'art. 4 de la loi du 4 germinal an 2, relative aux ouvertures de cassation en matière civile.

» Cet article porte, comme vous le savez, que la violation ou l'omission des formes prescrites à peine de nullité, ne pourra, lorsque ces formes auront été omises ou violées par l'une des parties ou par des fonctionnaires publics agissant à sa requête, opérer une

Digitized by Google

ouverture de cassation, que lorsqu'elle aura été alléguée par l'autre partie devant le tribunal dont celle-ci prétendra faire annuler le jugement pour n'y avoir pas eu égard.

» Cette disposition doit-elle être restreinte aux formes des actes de procédure; ou bien est-elle applicable aux formes de tous les actes sans distinction? L'est-elle surtout aux formes des actes qui constituent le titre fondamental de la demande, par exemple, aux formes d'un Testament en vertu duquel on réclame une succession ou un legs, aux formes d'une donation entre-vifs en vertu de laquelle on revendique un bien quelconque, aux formes d'un procès-verbal de contravention en vertu duquel le ministère public poursuit une amende?

» Entre ces deux partis, le second devrait l'emporter, si l'art. 4 était absolument isolé, s'il formait l'unique disposition de la loi du 4 germinal an 2; car cet article est général, il ne fait aucune distinction.

» Mais le premier doit prévaloir, si l'on fait attention à l'ensemble de la loi, si l'on considère la relation qu'il y a entre l'art. 4 et les deux articles précédens dans lesquels il n'est question que des formes des procédures et des jugemens.

» Et c'est effectivement ce qu'a décidé la loi qui est intervenue le 7 nivôse an 5, sur un référé de la cour.

» Jean-Marie Rendu et Marie-Anne Jacquinot avaient été condamnés par le tribunal de district de Gerle, chacun à une amende de 500 francs, pour contravention aux lois sur les douanes. Ils se sont pourvus en cassation, et entre autres moyens, ils ont dit que le procès-verbal en vertu duquel la régie des douanes les avait poursuivis, et qui faisait la base du jugement du tribunal de Gerle, n'avait pas été affirmé. Ce défaut d'affirmation était constant, mais les demandeurs en cassation ne l'avaient pas relevé en première instance, quoique d'ailleurs ils y eussent soutenu que le procès-verbal était nul. De là est née la question si *la fin de non-recevoir* établie par l'art. 4 de la loi du 4 germinal an 2, *frappe tous les actes indistinctement, ou si elle n'est pas limitée aux actes de la procédure, sans y comprendre ceux qui forment le titre fondamental de l'action;* et la cour, trouvant cette question environnée de trop de difficultés pour la résoudre elle-même, a ordonné, par arrêt du 17 prairial an 2, qu'il en serait référé à la Convention nationale.

» La Convention nationale n'a pas pu s'occuper de ce référé; mais, par la loi citée, le corps législatif y a statué en ces termes: *Les dispositions de l'art. 4 de la loi du 4 germinal an 2 ne s'appliquent pas aux actes qui, étant indépendans de la procédure, forment le titre fondamental de l'action; en conséquence, les nullités qui frappent les actes formant le titre fondamental de l'action, donnent ouverture à la cassation, de la même manière que les autres nullités contre lesquelles il n'y a pas de fin de non-recevoir établie par les lois;* ce qui signifie bien clairement que ces nullités donnent ouverture à la cassation des jugemens en dernier ressort qui ont maintenu les actes qu'elles infectent, quoiqu'elles n'aient pas été proposées devant les tribunaux dont sont émanés ces jugemens.

» Aussi, Messieurs, avez-vous, par arrêt du 13 septembre dernier (1), cassé un arrêt de la cour d'appel de Riom, qui avait déclaré valable un Testament dont la dernière disposition contenant un legs modique, n'avait pas été lue au testateur en présence des témoins, encore que ce moyen de nullité n'eût été proposé par le demandeur en cassation, ni en première instance, ni en cause d'appel (2).

» Ainsi, point de fin de non-recevoir à opposer au moyen de cassation que les demandeurs prétendent tirer du défaut de mention suffisante que le Testament du sieur Sourdeval a été écrit, dans tout son contexte, par le notaire qui l'a reçu; et il ne s'agit plus que de savoir si ce moyen est fondé.

» Rappelons en peu de mots les raisonnemens que les demandeurs emploient pour établir l'affirmative.

» Il est de principe (disent-ils) que la preuve de l'accomplissement des formalités testamentaires, ne peut résulter que des termes clairs et précis des Testamens. La loi n'admet point de preuve par induction ni par équipollence; il faut l'expression formelle, il faut que l'acte prouve par sa propre teneur, jusqu'à inscription de faux, l'impossibilité absolue qu'il y ait eu omission de chaque formalité voulue par le Code. Ainsi, la loi veut, qu'à la simple inspection d'un Testament par un notaire, on sache si le testateur l'a dicté, si le notaire l'a écrit, s'il l'a écrit d'un bout à l'autre.

» Or, que nous apprend l'expédition du Testament du sieur Sourdeval? Rien autre chose, si ce n'est que le testateur l'a dicté au notaire, et que le notaire en a *écrit la mi-*

(1) Il est rapporté ci-dessus, §. 11.

(2) *V.* l'article *Cassation*, §. 36, n° 2.

Digitized by Google

nuto ainsi qu'il suit. Il constate donc seulement que le notaire en a écrit le commencement; mais il ne constate, il n'indique même pas, que le notaire ait continué de l'écrire, que le notaire l'ait écrit jusqu'à la fin. L'énonciation contenue dans le préambule d'un Testament dont les dispositions remplissent ensuite deux pages, ne peut pas constater le fait matériel, que le testateur en ait dicté et que le notaire en ait écrit toutes les dispositions. On ne peut pas, dans un Testament, attester d'avance, et comme déjà exécuté, ce qui n'est encore que futur. Si un notaire se contentait d'énoncer dans le préambule d'un Testament, que toutes les dispositions qui vont suivre, ont été lues au testateur, bien certainement le fait de la lecture de ces dispositions ne serait pas légalement constaté; pourquoi donc en serait-il autrement de l'énonciation du fait que le Testament a été dicté par le testateur et écrit par le notaire?

» L'art. 972 lui-même a réglé, par le classement de ses dispositions, l'ordre naturel dans lequel il veut qu'elles soient exécutées: ce n'est qu'après avoir tracé les formes, qu'il en prescrit la mention.

» Et quand il n'aurait pas indiqué cette marche méthodique, la raison seule nous assurerait qu'on ne peut pas affirmer une chose avant qu'elle existe.

» En exigeant une *mention expresse* de l'accomplissement des formalités qu'il prescrit, l'art. 972 exige nécessairement la certitude que ces formalités ont été remplies et qu'il est impossible qu'elles ne l'aient pas été. Or, dans l'espèce, la mention faite dans le préambule, que les dispositions formant le corps du Testament, ont été écrites par le notaire, peut-elle constater que, contre tous les événemens possibles, le notaire n'a pas été empêché d'écrire toutes ces dispositions? Bien loin de là; cette mention n'est qu'un mensonge grossier, puisqu'elle atteste *au passé* un fait qui était encore dépendant de toute l'incertitude de l'avenir.

» On retrouve bien à la fin du Testament, une nouvelle mention que les dispositions ont été dictées par le testateur; mais on n'y voit pas un seul mot relatif à l'écriture. Donc le Testament public du 4 thermidor an 13 ne contient pas la preuve légale que le notaire l'ait écrit lui-même en entier; donc ce Testament est nul; donc l'arrêt qui l'a jugé valable, doit être cassé.

» Voilà, Messieurs, comment raisonnent les demandeurs.

» Mais d'abord, la loi indique-t-elle l'endroit du Testament où le notaire est tenu de placer la mention que c'est de sa main que le Testament a été écrit? Exige-t-elle qu'il place cette mention dans la clôture, plutôt que dans le préambule de l'acte? Non. Les demandeurs prétendent donc ajouter à la loi; et pourriez-vous, Messieurs, casser un arrêt qui juge que la loi n'est, de la part des magistrats, susceptible d'aucune addition?

» Ensuite, que font le testateur, les témoins et le notaire, lorsqu'en terminant l'acte, ils y apposent leurs signatures? Le testateur et les témoins reconnaissent, le notaire atteste personnellement, que tout ce qui est dit, soit dans le préambule, soit dans le corps, soit dans la clôture de l'acte, est conforme à la vérité; et par conséquent les uns reconnaissent, l'autre atteste, non seulement que le testateur s'est mis en mesure de dicter, que le notaire s'est mis en mesure d'écrire, mais encore que le testateur a réellement dicté, que le notaire a réellement écrit, n'importe en quelle partie du Testament il est énoncé que le notaire a écrit, que le testateur a dicté.

» Est-il d'ailleurs possible, dans le système des demandeurs, d'imaginer le moyen que le notaire pourrait employer, soit pour commencer, soit pour finir le Testament, de manière à ne pas blesser la vérité?

» Dira-t-il dans le préambule, que le testateur lui a dicté ses dispositions, et qu'il les a écrites, telles qu'elles lui ont été dictées? Mais dans ce moment précis, le testateur n'a encore rien dicté; dans ce moment précis, le notaire n'a encore rien écrit; l'énonciation se trouvera donc fausse! Le notaire pourra donc être poursuivi comme faussaire?

» Dira-t-il à la fin, qu'il a signé avec le testateur et les témoins? Mais au moment où il le dira, ni le testateur ni les témoins ni lui-même n'auront encore signé. Il faudra donc qu'avant de le dire, il fasse signer son acte par le testateur et les témoins, et qu'il le signe lui-même; qu'ensuite, il fasse mention et de sa propre signature et de celles du testateur et des témoins; et qu'enfin, il certifie cette mention par une seconde signature!

» Telles sont les conséquences du système des demandeurs; et assurément un système qui conduit nécessairement à des absurdités aussi choquantes, ne peut pas être en harmonie avec la loi.

» Au surplus, écoutons Ricard, *Traité des donations*, part. 1, n° 1518:

» *Il semble qu'il y a lieu de soutenir que les solennités regardant tout le Testament en général, et qu'étant nécessaire, par exemple, qu'il soit entièrement dicté par le testateur,*

Digitized by Google

et ensuite à lui lu et relu, la clause qui en fait mention, ne peut être mise qu'à la fin, d'autant que l'on ne peut pas écrire dans la vérité, que ces formalités ont été gardées, auparavant que toutes les dispositions contenues au Testament, aient été achevées, et que les témoins aient reconnu si le testateur a effectivement dicté son Testament, et si le notaire lui en a fait la lecture réitérée.

» *Ç'a été pourtant avec raison que cette opinion rigoureuse a été rejetée, parceque le Testament étant individu, et ne composant qu'un acte, il acquiert sa perfection en un même temps : tellement qu'il n'importe pas en quel endroit du Testament il soit fait mention qu'il a été dicté, lu et relu, d'autant que cette clause, en quelque lieu qu'elle se trouve placée, a son rapport à tout l'acte, lequel n'est conclu que par les signatures qui servent de sceaux, et qui font foi de la vérité de tout ce qui est contenu. De sorte qu'il suffit que les solennités dont nous parlons, aient été observées auparavant les signatures ; et il est indifférent que la clause de* dicté, nommé, lu et relu, *soit au commencement, au milieu ou à la fin, pourvu que la solennité ait été gardée et la clause rédigée par écrit, auparavant que la partie, le notaire et les témoins aient signé. Aussi la coutume à laquelle nous ne devons rien ajouter, particulièrement pour les dispositions pénales, telles que sont celles dont il est question, qui vont à annuler les actes, s'est-elle contentée de désirer en général que ces formalités soient observées, sans imposer la nécessité qu'il en fût fait mention à la fin ou au commencement du Testament. Mais davantage, si la prétention de ceux qui soutiennent l'opinion contraire, avait lieu, il s'en ensuivrait qu'il serait impossible d'exécuter l'ordonnance qui veut que les actes soient signés des parties et des témoins qui savent signer, et qu'il soit fait mention tant dans la minute que dans la grosse, qu'ils ont ainsi signé, parceque la signature étant l'accomplissement de l'acte, et la minute devant être achevée auparavant qu'elle soit signée, ce serait, à bien dire, une fausseté que d'écrire dans la minute, que la partie et les témoins ont signé auparavant qu'ils eussent signé actuellement ; et tous les actes qui commencent*, pardevant les notaires soussignés, *etc., seraient, par la même raison, semblablement faux.*

» *Les arrêts qui ont jugé que cette clause*, dicté, nommé, lu et relu, *pouvait être valablement insérée ailleurs qu'à la fin du Testament, et même que les mots* lu et relu, *pouvaient précéder ces autres*, dicté, nommé, *quoique, dans l'ordre, le Testament doive être dicté auparavant qu'il puisse être lu et relu, ont été rendus, savoir, trois en l'audience de la grand'chambre, le premier, le mercredi* 19 *mai* 1647, *au sujet du Testament du sieur de Morvilliers ; le deuxième, le jeudi* 11 *août* 1650, *en confirmant le Testament de Me Hercules Fresnoy ; le troisième, le vendredi* 29 *mai* 1655, *sur l'appel d'une sentence du Bailly de Montmorency ; et le quatrième, en l'audience de la seconde chambre des enquêtes, sur les conclusions de M. l'avocat-général Bignon, le* 8 *février* 1653, *en exécution du Testament de la dame de Lancy.*

» Nous n'avons sans doute pas besoin d'observer que tout ce que dit ici Ricard, et ce que jugent les arrêts qu'il rapporte, relativement à la mention des solennités ci-devant prescrites par la coutume de Paris, s'applique de soi-même à la mention des solennités que prescrit actuellement le Code civil.

» Mais nous devons ajouter que la doctrine de Ricard et la jurisprudence des arrêts qui la justifient, ont été sanctionnées, sous le Code civil, par un arrêt formel de la section des requêtes..... (1).

» En voilà sans doute plus qu'il n'en faut pour écarter la première branche du premier moyen de cassation des demandeurs; et il est temps de nous fixer sur la seconde.

» Vous avez remarqué que le Testament du 4 thermidor an 13 est ainsi terminé : *Telles sont les volontés du testateur dictées à nous notaire soussigné;* LECTURE FAITE AU TESTATEUR, *par nous dit notaire, dont acte. Fait et passé lesdits jour et an, et ont le testateur et les témoins signé*, APRÈS LECTURE RÉITÉRÉE EN PRÉSENCE DU TESTATEUR ET DESDITS QUATRE TÉMOINS.

» Il résulte clairement de ces expressions que le Testament a été lu deux fois : une première, au *testateur*, sans mention que les témoins y fussent présens ; une seconde, *en présence du testateur et des témoins ;* et c'est sans doute parceque le notaire se sera apperçu, au moment de clore son acte, qu'il avait omis la mention de la présence des témoins à la première lecture, qu'il en a fait une seconde à laquelle il a déclaré que le testateur et les témoins avaient également été présens.

» C'est sur cette double lecture et sur la

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Testament*, sect. 1, §. 2, art. 4, n° 5.

Digitized by Google

manière dont elle est énoncée avoir été faite, que les demandeurs fondent la seconde branche de leur premier moyen de cassation.

» L'art. 972 du Code civil, disent-ils, veut que, le Testament achevé, il en soit *donné lecture au testateur en présence des témoins*. Il faut donc deux choses pour que la formalité de la lecture soit exactement remplie : il faut que la lecture soit *faite au testateur*, il faut qu'elle le soit *en présence des témoins*. Or, dans l'espèce, que voyons-nous ? Deux lectures, mais toutes deux irrégulières : l'une est *faite au testateur*, mais sans mention de la présence des témoins ; et l'autre est faite *en présence des témoins*, mais non *au testateur* et seulement *en sa présence*. Ni l'une ni l'autre de ces deux lectures ne remplit donc le vœu de la loi ; elles sont donc toutes deux nulles. Et qu'on ne dise pas que, dans la seconde lecture, les mots, *en présence du testateur*, équipollent à la *mention expresse* que c'est *au testateur* que cette lecture a été faite. Ce n'est pas sans une intention réfléchie, ce n'est pas sans un motif déterminé, que le législateur a exigé une lecture faite *au testateur en présence* des témoins. Le Testament étant un des actes les plus importans d'un citoyen, il est naturel qu'il y donne la plus grande attention ; aussi la loi veut-elle qu'il le dicte lui-même au notaire ; aussi veut-elle que le notaire en *donne lecture au testateur*, afin que celui-ci, en l'écoutant avec attention, puisse s'assurer que le notaire a écrit toute sa volonté, rien que sa volonté. Il faut donc que le notaire, en faisant la lecture du Testament, adresse cette lecture au testateur ; il faut donc qu'il lise le Testament, non pas simplement en présence du testateur, mais *au testateur* lui-même, et tel que le testateur le lui a dicté. Cette réciprocité d'attention exigée d'abord du notaire à ce que lui dicte le testateur, ensuite du testateur à la lecture que lui fait le notaire, quand la loi, dans l'un et l'autre cas, se contente de la *présence des témoins*, établit évidemment la différence de la position et de l'intérêt de chacun des personnages qui concourent à la confection du Testament : il faut toute l'attention du notaire et du testateur alternativement pour toutes les dispositions et pour chacune des dispositions ; il suffit aux témoins d'entendre que le testateur dicte un Testament au notaire, et que le notaire en donne lecture au testateur. Le détail de ce qui constitue cet acte *important pour le testateur*, n'intéresse les témoins que pour leur présence passive, exigée par la loi.

» Les défendeurs répondent que lire un Testament *en présence du testateur* et le lire *au testateur*, ce sont deux choses absolument identiques. « A qui donc (ajoutent-ils) est-» elle donnée cette lecture *en présence du* » *testateur et des témoins ?* Est-ce aux murs » de l'appartement » ?

» Et en effet, Messieurs, bien qu'on ne puisse douter que la première lecture ne soit nulle, parceque, dans la mention qu'en contient le Testament, il n'est pas énoncé qu'elle ait été faite *en présence des témoins ;* bien que la cour l'ait ainsi jugé, au rapport de M. Borel et sur nos conclusions, le 19 frimaire an 14, au sujet du Testament du sieur Mullenberg ; il n'en est pas moins constant que la seconde lecture doit être considérée comme valable, et parceque l'acte lui-même atteste que les témoins y ont été présens, et parcequ'il est constaté par l'acte, qu'elle a été faite *en présence du testateur*.

» Prétendre, comme le font les demandeurs, qu'un Testament dont il existe une preuve authentique qu'il a été lu *en présence du testateur*, n'est point, par cela seul, prouvé authentiquement avoir été lu *au testateur* même, c'est prêter à la loi l'intention d'asservir la mention de la lecture qu'elle prescrit, à une forme absolument sacramentelle, c'est lui supposer une intention que bien évidemment elle n'a pas.

» Quel est le but de la loi, en voulant que le Testament, après avoir été écrit par le notaire, sous la dictée du testateur, soit lu au testateur par le notaire ? C'est de s'assurer, comme disent très-bien les demandeurs, que la volonté du testateur a été fidèlement rendue par le notaire, que le notaire a écrit toute la volonté du testateur, et qu'il n'a écrit que sa volonté.

» Or, ce but n'est-il pas aussi complettement rempli, et la preuve n'en est-elle pas acquise aussi authentiquement, lorsqu'il est dit que le notaire a lu le Testament *en présence du testateur et des témoins*, que s'il était dit qu'*en présence des témoins*, le Testament a été *lu au testateur ?* Y a-t-il donc quelque différence, quant au sens, entre les mots, *lu au testateur*, et les mots *lu en présence du testateur ?*

» Lire un acte à haute et intelligible voix, c'est nécessairement le lire à tous ceux qui sont présens à cette lecture, et qui sont en état de l'entendre : lire un Testament *en présence du testateur*, c'est donc nécessairement le lire au testateur.

» Sans contredit, le Testament ne serait pas censé avoir été lu *au testateur*, par cela

Digitized by Google

seul qu'il serait dit avoir été lu en *sa présence*, si le testateur pouvait être réputé avoir été présent à la lecture du Testament, sans l'avoir entendue; mais si énoncer que le Testament a été lu au testateur, c'est énoncer suffisamment que le testateur en a entendu la lecture, que veut-on de plus? Or, la loi 209, D. *de verborum significatione*, décide nettement que, pour être censé avoir été présent à un acte, il faut avoir compris tout ce qui y a été fait : *Coràm Titio aliquid facere jussus, non videtur præsente eo fecisse, nisi is intelligat; itaque si furiosus aut infans sit, aut dormiat, non videtur coràm eo fecisse.* Et Godefroy, dans sa note sur ce texte, en tire la conséquence que, faire quelque chose en présence de quelqu'un, c'est le faire *eo sciente et intelligente.* Donc lire un Testament *en présence du testateur*, c'est le lire de manière que le testateur en entende la lecture : donc c'est le lire au testateur; car qu'est-ce que lire un acte à quelqu'un, si ce n'est le lire pour qu'il l'entende?

» Il est vrai, comme le soutiennent les demandeurs, qu'en général, les formalités requises par les lois dans la confection des Testamens, doivent être observées exactement et à la lettre; mais, dit Ricard, part. 1, n° 1502, il ne faut pas *entendre cela superstitieusement, de manière que l'équipollence n'y puisse être du tout reçue;* on doit, au contraire, y admettre l'équipollence, lorsqu'elle est *identique*, et que *ce qui est employé pour accomplir les solennités de la loi, comprend son intention* ADÆQUATÈ ET IDENTICÈ, *de manière qu'il ne s'y puisse figurer aucune différence.*

» M. le chancelier d'Aguesseau écrivait la même chose au premier président du parlement de Grenoble, le 30 décembre 1742; et ce qu'il y a de remarquable, c'est qu'il l'écrivait au sujet de la manière d'exprimer la mention de la lecture du Testament au testateur : *Il est vrai* (disait-il) *qu'il n'y a point en cette matière de ces expressions qu'on peut dire être de rigueur, et qu'on appelles* sacramentelles, *et devenues nécessaires à peine de nullité, par la loi qui les a consacrées en quelque manière. L'art.* 23 *de l'ordonnance sur les Testamens a été fait, au contraire, pour abolir ces formules scrupuleuses qui avaient lieu dans plusieurs provinces, et qu'on a rejetées avec raison, comme une espèce de piége tendu aux notaires, et par eux au testateur même; mais s'il n'y a rien de déterminé par la loi sur la forme de l'expression, il faut au moins que le fond, ou la substance de ce qui en a été l'objet, soit exactement conservé, de quelque manière que le notaire juge à propos de l'exprimer; en sorte qu'il paraisse clairement que la lecture entière de tout le Testament a été faite au testateur, avant qu'il l'ait signé.*

» Pourquoi d'ailleurs l'art. 972 du Code civil ne se contente-t-il pas de prescrire la mention de la lecture du Testament *en présence des témoins?* Pourquoi exige-t-il en outre la mention que cette lecture a été faite au testateur? Le motif de l'art. 972 du Code civil est incontestablement le même qui avait déterminé l'art. 5 de l'ordonnance de 1735 à prescrire également cette double mention. Or, cette double mention n'avait été prescrite, du moins implicitement, par l'art. 5 de l'ordonnance de 1735, que pour constater que le Testament avait été lu en présence du testateur comme en présence des témoins, que pour constater que le notaire n'avait pas profité, pour lire le Testament aux témoins, d'un moment pendant lequel le testateur serait sorti de la chambre. C'est ce que nous apprend la déclaration rendue le 7 août 1783, pour le ressort du parlement de Toulouse. *Nous sommes informés* (y est-il dit) *que plusieurs notaires du ressort de notre parlement de Toulouse, en recevant des testamens nuncupatifs écrits, ont cru remplir le vœu et satisfaire à la disposition de l'art.* 5 *de l'ordonnance de* 1735, *en ne faisant mention de la lecture faite au testateur, que par les mots :* fait, lu et récité en présence des témoins. *Nous sommes également informés que cette formule a donné lieu à des demandes en nullité de quelques Testamens; et que notre parlement de Toulouse, jugeant qu'elle n'établissait pas assez précisément que la lecture avait été faite au testateur, a prononcé la nullité des Testamens terminés par cette énonciation; et comme en effet le vœu de la loi ne serait pas véritablement rempli par une lecture* qui pourrait n'avoir été faite qu'en présence des témoins, *nous avons jugé à propos de ramener pour l'avenir tous les notaires à une exécution plus exacte de l'art.* 5 *de l'ordonnance de* 1735..... *A ces causes, nous voulons et nous plaît que l'art.* 5 *de l'ordonnance de* 1735 *soit exécuté selon sa forme et teneur; en conséquence, enjoignons à tous notaires..... de lire en entier au testateur les testamens nuncupatifs qu'ils recevront, et de faire expressément mention que ladite lecture du Testament en entier a été faite au testateur en présence des témoins, ce qui sera observé à peine de nullité.....*

» Ce n'est donc que par la crainte que la lecture du Testament ne soit *faite qu'en pré-*

Digitized by Google

sence des témoins; ce n'est que pour empêcher qu'elle ne soit faite en l'absence momentanée du testateur, que l'ordonnance de 1735 exigeait la double mention que le Testament avait été lu et *au testateur et en présence des témoins.* C'est donc par le même motif que l'art. 972 du Code civil exige cette double mention. Cette double mention est donc légalement faite, lorsqu'il est dit que le Testament a été lu *en présence du testateur et des témoins.* Les mots *en présence du testateur* sont donc alors synonymes des mots *au testateur.*

» Le premier moyen de cassation des demandeurs n'est donc pas mieux fondé dans sa seconde branche que dans la première.

» Nous ne nous arrêterons pas aussi longtemps à leur deuxième moyen. Il est évident, en effet, que rejeter la preuve de faits de suggestion articulés contre un Testament, c'est juger, non que la suggestion n'est pas un vice capable d'annuler une disposition de dernière volonté, mais que les faits articulés ne sont ni assez graves ni assez cohérens pour que la preuve en soit admissible. Il est évident que rejeter les inductions de démence que tirent des parens collatéraux de ce qu'un testateur leur a préféré des domestiques attachés depuis un grand nombre d'années à son service, ce n'est violer ni l'art. 504 ni l'art. 901 du Code civil. Il est évident enfin que les légataires universels n'avaient acquiescé, ni avant ni après le jugement du tribunal civil d'Argentan, à la disposition de ce jugement qui admettait les héritiers à la preuve des faits de suggestion et de démence qu'ils avaient articulés, sauf la preuve contraire, qu'ils n'y avaient pas acquiescé après, puisqu'ils en avaient interjeté appel; et qu'ils n'y avaient pas acquiescé avant, puisque la preuve qu'ils avaient offerte, ne portait, ni sur les faits de démence, ni sur les faits de suggestion, mais seulement sur la vérité de l'écriture et de la signature du testament olographe du 28 germinal an 12.

» Le troisième moyen tombe également de lui-même. De ce que, par l'art. 1023 du Code civil, il est dit que *le legs fait au créancier, ne sera pas censé en compensation de sa créance, ni le legs fait au domestique, en compensation de ses gages*, les demandeurs concluent que les domestiques sont incapables de legs universels. Que n'en concluent-ils aussi que le legs universel fait par un débiteur à son créancier, est nul? Cette conséquence vaut bien celle qu'ils en tirent, et dans le vrai, elles sont aussi absurdes l'une que l'autre. Sans doute, l'art. 1023, placé sous la rubrique *des legs particuliers*, n'a pour objet que les legs particuliers faits aux créanciers et aux domestiques; mais sa disposition n'est pas exclusive; et en réglant l'effet d'un legs particulier, il n'établit ni ne suppose l'incapacité de recevoir un legs universel. Eh! Qu'importe que l'ancienne jurisprudence eût étendu jusqu'aux domestiques l'incapacité dont l'art. 131 de l'ordonnance de 1539 frappait les tuteurs, les baillistres et les autres administrateurs? Cette jurisprudence est clairement abrogée par l'art. 902 du Code civil. Qu'importe encore que l'art. 909 du Code civil déclare incapables les docteurs en médecine, les chirurgiens, les officiers de santé, les pharmaciens et les ministres du culte? La loi ne reconnaît d'incapacités que celles que son propre texte prononce, et l'art. 902 nous avertit expressément qu'elles ne peuvent pas être étendues d'une personne à une autre. Enfin, à quel propos les demandeurs viennent-ils ici vous parler de *déni de justice?* La cour d'appel a statué, en la rejetant, sur leur demande en nullité du Testament du sieur Sourdeval; et si elle n'a pas statué sur la question de savoir si le legs universel fait par le sieur Sourdeval à ses domestiques, était susceptible de réduction, c'est que cette question n'avait pas été élevée par les demandeurs.

» Le quatrième moyen consiste à dire que les demandeurs sont, par le Testament, institués légataires universels chacun pour un tiers; que le testateur ayant ainsi déterminé leurs portions respectives dans la chose léguée; si l'un d'eux était venu à mourir avant lui, le droit d'accroissement n'aurait pu, d'après l'art. 1044 du Code civil, avoir lieu au profit des survivans; que de là il suit qu'ils ne sont pas véritablement légataires universels, mais légataires à titre universel; que par conséquent la cour d'appel, en les jugeant saisis de plein droit, sans demande préalable, de leur part, en délivrance de leurs legs, a violé les art. 1003, 1011 et 1044, et faussement appliqué l'art. 1006 du même Code.

» Mais 1° les demandeurs ont-ils excipé devant la cour d'appel du défaut de demande en délivrance? Non, ils n'en ont pas dit le mot; et sans doute, il leur était bien libre de renoncer à leur prétendue saisine légale; or, n'y ont-ils pas renoncé, par cela seul qu'ils n'en ont pas réclamé l'effet?

» 2° Qu'est-ce qu'une demande en délivrance de legs? C'est la demande qui tend à ce que l'héritier soit tenu d'exécuter la dispo-

Digitized by Google

sition qui renferme le legs. Eh bien! Les défendeurs n'ont-ils pas, dès le commencement de la procédure, demandé que les héritiers du sieur Sourdeval fussent tenus de souffrir l'exécution de son Testament? Assignés sur l'opposition formée par les demandeurs à l'ordonnance du président qui les envoyait en possession de l'hérédité, n'ont-ils pas expressément conclu à ce que cette opposition fût rejetée, à ce qu'il fût ordonné que le Testament serait exécuté selon sa forme et teneur, et à ce qu'en conséquence ils demeurassent saisis de l'universalité de la succession?

» 3° Enfin, il n'est pas vrai que les défendeurs ne soient pas légataires universels dans le sens des art. 1003 et 1006 du Code; il n'est pas vrai qu'ils aient été assujétis à la demande en délivrance.

» Qu'il y ait lieu à la demande en délivrance contre l'héritier du sang, dans le cas où le testateur a laissé *des héritiers auxquels une portion de ses biens est réservée par la loi*, et dans celui où le testateur n'a légué qu'une quote-part des biens dont la loi lui permettait de disposer, cela se conçoit: dans ces deux cas, le légataire, soit universel, soit à titre universel, se trouvant en concurrence avec l'héritier du sang, il est juste que l'héritier du sang ait, de préférence à lui, la possession provisoire du tout; il est juste que l'héritier du sang conserve, pour le tout, la saisine légale, jusqu'à ce qu'une demande en délivrance la fasse cesser à l'égard des portions de biens dont le testateur a valablement disposé.

» Mais lorsque l'héritier du sang n'a droit à aucune réserve, et que le testateur a épuisé toute sa fortune en dispositions universelles, à quel propos l'héritier du sang jouirait-il de l'effet de la maxime, le *mort saisit le vif*? Dépouillé de tout par le Testament, à quel propos exercerait-il par provision les mêmes droits que si le Testament n'existait pas?

» Aussi l'art. 1006 décide-t-il nettement que, dans le concours de ces deux cas, *le légataire universel est saisi de plein droit par la mort du testateur, sans être tenu de demander la délivrance.*

» Et vainement prétend-on que les défendeurs ne sont pas légataires universels, qu'ils ne sont que légataires à titre universel, qu'ainsi cet article ne leur est pas applicable.

» Qu'est-ce qu'un legs universel? C'est, répond l'art. 1003, *la disposition testamentaire par laquelle le testateur donne à une* OU PLUSIEURS PERSONNES *l'universalité des biens qu'il laissera à son décès.*

» Or, n'est-ce pas l'universalité de ses biens que le sieur Sourdeval a donnée aux défendeurs, et n'est-ce pas par une disposition testamentaire qu'il la leur a donnée? Comment, dès-là, les défendeurs ne seraient-ils pas légataires universels?

» C'est, dit-on, parceque le testateur a déterminé lui-même les parts des défendeurs, c'est parcequ'il a assigné à chacun d'eux le tiers de l'universalité de ses biens, c'est parcequ'il a exclu par là le droit d'accroissement.

» Mais d'abord, il n'est pas bien clair que le droit d'accroissement n'eût pas pu être invoqué dans notre espèce, si le cas où il peut avoir lieu, se fût présenté; et on ne répondrait peut-être pas facilement aux raisons que notre savant collègue M. Daniels a employées à votre audience du 19 octobre 1808, dans l'affaire du sieur et des demoiselles Planté, pour établir le contraire (1).

» Ensuite (sans examiner ici cette question), qu'a de commun le droit d'accroissement avec les caractères constitutifs du legs universel? L'art. 1044 du Code civil exige, pour qu'il y ait lieu au droit d'accroissement, deux conditions: l'une, que le legs dont plusieurs personnes sont gratifiées, soit fait *par une seule et même disposition;* l'autre, que le testateur n'ait pas assigné la part de chacun des co-légataires dans la chose léguée; et qu'exige l'art. 1003 pour qu'il y ait legs universel? Rien autre chose si ce n'est que, par une *disposition testamentaire, le testateur donne à une ou plusieurs personnes l'universalité des biens qu'il laissera à son décès.* Il peut donc y avoir legs universel, non seulement dans l'absence de la deuxième des conditions requises pour qu'il y ait lieu au droit d'accroissement, mais même dans l'absence de la première: car l'art. 1003 n'exige pas, comme l'art. 1044, que la disposition qui nomme *plusieurs personnes* pour recueillir l'universalité des biens, soit faite *unico sermone.*

» Nous savons bien que M. Maleville enseigne le contraire sur l'art. 1010; mais quelque respectable que soit son autorité, elle doit céder au texte de la loi; et il nous paraît évident qu'il est dans la lettre comme dans l'intention de l'art. 1003 du Code civil, de regarder comme légataires universels, les co-légataires à qui le testateur a donné l'universalité de ses biens, n'importe qu'entre eux il y ait ou n'y ait pas lieu au droit d'accroissement.

---

(1) Le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Accroissement*, n° 2.

Digitized by Google

» M. Maleville convient lui-même que, si un testateur disait : *Je lègue à Pierre la moitié de mes meubles, je lègue à Paul le restant de mes biens*, Paul serait considéré comme légataire universel. Cependant alors, il n'y aurait pas lieu au droit d'accroissement entre Pierre et Paul; cependant alors Pierre et Paul seraient appelés par des dispositions séparées. Donc, de l'aveu de M. Maleville, il ne faut, pour qu'il y ait legs universel, ni qu'il puisse y avoir lieu au droit d'accroissement entre les co-légataires, ni que les co-légataires soient appelés par une seule et même disposition.

» Et il ne faut pas croire que M. Bigot de Préameneu ait dit le contraire dans l'*exposé des motifs* du titre *des donations et Testamens* du Code civil. Voici ses propres termes : *Les légataires à titre universel, comme ceux à titre particulier, sont tenus de demander la délivrance : mais il fallait les distinguer, parcequ'il est juste que ceux qui recueillent ainsi à titre universel une quote-part des biens de la succession, soient assujétis à des charges qui ne sauraient être imposées sur les legs particuliers. Telle est la contribution aux dettes et charges de la succession, et l'acquit des legs particuliers, par contribution* AVEC CEUX QUI RECUEILLENT, SOUS QUELQUE TITRE QUE CE SOIT, L'UNIVERSALITÉ DES BIENS. *Lorsqu'il y aura un légataire universel d'une quotité quelconque de tous les biens,* ON DEVRA METTRE DANS CETTE CLASSE *celui qui serait porté dans le même Testament pour le surplus des biens, sous le titre de* LÉGATAIRE UNIVERSEL.

» A quoi se rapportent ces mots, *on devra mettre dans cette classe ?* Bien évidemment ils se rapportent à *ceux qui recueillent, sous quelque titre que ce soit, l'universalité des biens.* Ils signifient donc, non pas, comme le prétendent les demandeurs, que le légataire du surplus des biens ne sera légataire universel que de nom, et que, dans la réalité, il ne sera considéré que comme légataire à titre universel, mais qu'il sera légataire universel d'effet comme de nom ; ce qui s'accorde parfaitement, comme vous le voyez, avec la partie de la doctrine de M. Maleville que nous citions tout à l'heure.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête des demandeurs, et de les condamnner à l'amende de 300 francs envers le trésor public, et à une indemnité de 150 francs envers les défendeurs ».

Par arrêt du 17 octobre 1809, au rapport de M. Gandon,

« La cour, considérant, sur le premier moyen, que l'art. 972 du Code civil ne détermine point dans quelle partie du Testament le notaire fera mention qu'il a écrit lui-même le Testament; que les énonciations et les dispositions qui composent un Testament, ne forment qu'un acte unique, quoique nécessairement exprimées successivement; que les signatures apposées à la fin de cet acte, sont l'attestation que ce qui y est énoncé, est véritable, et que le tout a eu lieu, ainsi qu'il est exprimé; et que conséquemment il n'est pas permis d'élever de doute sur l'assertion exprimée, que le notaire a écrit de sa main la minute du Testament du 4 thermidor an 13 ;

» Que le notaire, en annonçant qu'il a donné lecture du testament en présence du testateur et des témoins, a satisfait au même article qui veut que le Testament soit lu au testateur en présence des témoins ;

» Considérant, sur le second moyen, que l'importance de la succession et la qualité des défendeurs ne peuvent être une preuve que le testateur fût en démence ;

» Que jamais les défendeurs n'ont acquiescé au jugement qui a donné la preuve de prétendus faits de suggestion et captation ; et que, s'ils ont offert eux-mêmes une preuve par témoins, ç'a été uniquement pour la vérification de l'écriture et de la signature du Testament olographe ;

» Considérant, sur le troisième moyen, que l'art. 1023 du Code n'est relatif qu'aux legs particuliers; que de ce que le legs particulier fait à un domestique, ne se compense pas avec les gages qui lui sont dus, il ne s'ensuit nullement qu'il soit incapable de recevoir un legs universel; que la loi, art. 902, n'admet d'incapacités que celles qu'elle déclare, et qu'elle n'en prononce aucune contre les domestiques ;

» Que l'on peut d'autant moins reprocher un déni de justice à l'arrêt, en ce qu'il n'a pas ordonné la réduction des legs, que cette réduction n'avait même pas été demandée ;

» Considérant, sur le quatrième moyen, que, suivant l'art. 1003 du Code, le legs universel est la disposition testamentaire par laquelle le testateur donne à une ou plusieurs personnes l'universalité des biens qu'il laissera à son décès ; que, suivant l'art. 1006, le légataire universel est saisi de plein droit, sans être tenu de demander la délivrance ; que le testateur a donné l'universalité de ses biens aux trois défendeurs; que, dès-lors, ils ont été légataires universels; et que la cour de Caen s'est conformée à la loi, en les main-

Digitized by Google

tenant dans la propriété et possession des biens héréditaires;

» Par ces motifs, la cour rejette le pourvoi..... ».

§. XIV. 1° *Peut-on prendre pour témoins d'un Testament par acte public, des personnes qui y sont appelées à un legs, non pas nominativement, mais par relation à une qualité qu'elles ont actuellement, et sous la condition qu'elles l'auront encore à l'époque du décès du testateur?*

2° *Doit-on, à cet égard, considérer comme legs une disposition par laquelle le testateur charge son héritier institué de payer une certaine somme, ou de délivrer une certaine quantité de denrées, aux personnes qui porteront son corps en terre?*

3° *La disposition par laquelle le testateur charge son héritier institué, de payer une somme d'argent, pour être employée en prières au ministre du culte qui, à l'époque de son décès, desservira telle paroisse, constitue-t-elle le desservant actuel de cette paroisse, légataire, et par conséquent incapable d'assister comme témoin au Testament?*

Le 15 brumaire an 12, Jean-François Tritsman fait, dans sa ferme de Crehen, devant le notaire Toussaint et quatre témoins, savoir, *Pierre-Henri Gustin, cultivateur, Henri Dehasque, aussi cultivateur, Gilles Debroux et Joseph Landrin, tous deux journaliers*, un Testament par lequel il institue Marie-Catherine Dedrée, femme Delvigne, son héritière, « à la charge (dit-il) de donner à chacun des quatre ouvriers de la ferme où je » réside, qui y seront employés au jour de » ma mort, quatre mesures de seigle, et, pour » les quatre, seize; à la charge aussi par mon » héritière de faire célébrer 300 messes basses pour le repos de mon ame ».

Après la mort du testateur, les sieurs Massuy et consorts, héritiers *ab intestat*, font assigner la dame Delvigne et son mari au tribunal civil de l'arrondissement de Huy, pour voir dire que ce Testament sera déclaré nul. Ils fondent leur demande sur la disposition de l'art. 975 du Code civil, qui déclare les *légataires, quels qu'ils soient*, incapables d'être témoins aux Testamens par lesquels ils sont gratifiés; et pour appliquer cette disposition à l'espèce, ils articulent 1° que Gilles Debroux et Joseph Landrin, deux des témoins instrumentaires du Testament du 15 brumaire an 12, étaient, à l'époque de cet acte, *ouvriers de la ferme de Crehen*, et qu'ils y étaient *encore employés au jour de la mort du testateur;* 3° que la dame Delvigne l'a tellement reconnu elle-même, qu'elle a fait, sans difficulté, à chacun deux, la délivrance du legs de quatre mesures de seigle auquel il était appelé par le Testament; 4° que le fait est encore prouvé par la circonstance que, suivant l'usage du pays de la Herbaye, ils ont concouru, avec les deux autres ouvriers de la ferme, à porter en terre le corps du testateur.

A cette demande, la dame Delvigne et son mari opposent des défenses par lesquelles ils nient que Gilles Debroux et Joseph Landrin aient été employés dans la ferme, comme ouvriers, soit à l'époque du Testament, soit à celle du décès du testateur.

Le 20 messidor an 12, jugement qui admet les sieurs Massuy et consorts à prouver l'un et l'autre fait, « tant par interrogatoires que » par toutes autres voies de droit ».

Le 2 thermidor suivant, les sieurs Massuy et consorts font signifier à la dame Delvigne et à son mari des faits et articles auxquels ils demandent que ceux-ci soient tenus de répondre.

Le même jour, jugement qui déclare ces faits et articles *pertinens*, et ordonne que les sieur et dame Delvigne y répondront dans le délai de la loi.

Ils y répondent en effet, mais d'une manière évasive.

Le 2 germinal an 13, les sieurs Massuy et consorts leur font signifier de nouveaux faits et articles.

Le lendemain, jugement qui déclare ces faits *pertinens*.

Les sieur et dame Delvigne y font les mêmes réponses qu'aux premiers.

Le 18 avril 1806, les sieurs Massuy et consorts demandent à être autorisés à faire par témoins la preuve à laquelle ils ont été admis par le jugement du 20 messidor an 12.

Le 29 du même mois, jugement qui les y autorise.

En conséquence, ils font entendre plusieurs témoins; et leur enquête est close le 28 juillet suivant.

Onze mois après, les sieur et dame Delvigne se présentent pour faire une contre-enquête.

Un jugement du 25 juin 1807 les y déclare non-recevables.

Le 28 juillet suivant, jugement définitif et par défaut, qui, « attendu que le Testament » dont il s'agit, est nul, du chef que deux des » témoins instrumentaires sont légataires;

Digitized by Google

» qu'ainsi, il n'est pas dans la forme voulue » par le Code civil, déclare nul et de nul effet » le Testament prétendu du 15 brumaire an » 12, et dit en conséquence que la succession » est échue *ab intestat* ».

Appel de la part des sieur et dame Delvigne, tant de ce jugement que de celui du 25 juin 1807; et le 31 décembre 1808, arrêt par lequel,

« Attendu, quant à la validité du Testament, que la partie intimée fonde sa demande en nullité dudit Testament, sur ce que Debroux et Landrin ont été pris pour témoins; sur ce que le testateur a légué quatre mesures de seigle à chaque ouvrier de sa ferme, qui y serait encore au moment de sa mort; sur ce que ces deux individus avaient cette qualité d'ouvriers à ladite époque; et qu'ainsi, il y avait contravention à l'art. 975 du Code civil, qui défend de prendre pour témoins les légataires, à quel titre que ce soit;

» Attendu qu'à la vérité, il est statué par ledit art. 975, que les légataires, à quelque titre qu'ils soient, ne peuvent être pris pour témoins du Testament; mais qu'il n'en résulte pas que le Testament de Tritsman doive être annulé par ce motif; que ni Gilles Debroux ni Joseph Landrin ne peuvent, dans l'espèce, être considérés comme des légataires:

» 1° Parceque ni l'un ni l'autre ne sont nominativement désignés dans le Testament;

» 2° Parceque, dans ce même acte, on ne leur donne pas la qualité d'*ouvriers* de la ferme, mais celle de *journaliers*, ce qui n'est pas la même chose en Herbaye où ceux-ci sont payés à la journée et en argent, et ceux-là en une quantité de grains proportionnée à la récolte;

» 3° Parceque les quatre mesures de seigle dont parle le testateur, ne sont pas promises à Debroux ni à Landrin, mais aux ouvriers de la ferme qui y seraient encore au moment de la mort du testateur; qualité qu'il ne dépendait pas de ceux-ci d'avoir à cette époque, ce qui les empêchait de se regarder comme légataires, lorsqu'ils ont été appelés comme témoins; et il suffit qu'alors ils fussent habiles, pour que le Testament doive être déclaré valable, indépendamment de toutes les circonstances qui ont pu arriver postérieurement; sinon, il faudrait annuler tous les Testamens dont l'un ou l'autre des témoins deviendrait l'allié de l'un ou de l'autre des légataires;

» 4° Parceque les quatre mesures de seigle ne doivent pas être regardées, dans l'espèce, comme un véritable legs, mais comme un simple salaire accordé ou promis à ceux qui seraient chargés de porter le testateur en terre; et cela tant à cause de la modicité de l'objet, que par ce motif, qu'il a été établi en fait par la partie intimée, que c'était la coutume dans la Herbaye de charger les ouvriers de la ferme de porter en terre le cadavre du fermier; et en outre parceque le testateur, en parlant de ces mesures de seigle, immédiatement avant d'avoir ordonné la célébration de 300 messes basses, semble lui-même indiquer que telle était sa volonté.... ;

» La cour (d'appel de Liége) met les appellations et ce dont est appel, au néant; émendant, décharge la partie appelante des condamnations prononcées contre elle; au principal, renvoie ladite partie appelante de la demande contre elle formée.....».

Les sieurs Massuy et consorts se pourvoient en cassation contre cet arrêt.

« Contravention à l'autorité de la chose jugée, violation de l'art. 975 du Code civil, tels sont (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 17 janvier 1810) les deux moyens de cassation que vous proposent les demandeurs.

» Le premier est fondé sur l'acquiescement des sieur et dame Delvigne aux jugemens des 20 messidor et 2 thermidor an 12, 3 germinal an 13 et 18 avril 1806, qui avaient déterminé les faits de la preuve desquels dépendait le sort du Testament. Ces jugemens, disent les demandeurs, ayant par là acquis l'autorité de la chose jugée, il ne restait plus à examiner qu'une seule question, celle de savoir si nous avions fait la preuve à laquelle nous avions été admis. Cependant la cour d'appel de Liége a mis cette preuve à l'écart, et a statué d'après des motifs étrangers aux faits sur lesquels cette preuve avait roulé. La cour d'appel de Liége nous a donc dépouillés d'un droit qui nous était assuré par des jugemens devenus irrévocables; elle a donc contrevenu à l'autorité de la chose jugée.

» Pour apprécier ce raisonnement et le moyen de cassation auquel il sert d'appui, nous devons nous fixer sur cette question: le tribunal de première instance aurait-il pu faire ce qu'a fait la cour d'appel? Aurait-il pu, en définitive, laisser de côté les faits dont il avait précédemment admis la preuve; et tout en reconnaissant que la preuve de ces faits était complette, se déterminer par des motifs d'un ordre différent?

» Sans doute, il l'aurait pu, et par une raison très-simple: c'est que les jugemens interlocutoires qui ordonnent des enquêtes, des expertises, des descentes sur les lieux, ou toute autre opération préalable à une décision définitive, ne lient jamais les tribu-

Digitized by Google

naux qui les ont rendus; et que le juge demeure toujours maître de revenir, lorsqu'il statue définitivement, aux points de droit ou de fait, qui, du premier abord, lui avaient paru insignifians, mais qui, examinés avec plus d'attention, lui paraissent décisifs.

» Cette règle est écrite dans la loi 19, §. 2, D. *de receptis qui arbitrium*. Un arbitre, y est-il dit, peut-il réformer sa propre sentence? *Undè videndum erit an mutare sententiam possit?* Le jurisconsulte Sabinus pense qu'il le peut; mais Cassius, son disciple, enseigne avec raison que cela ne doit pas s'entendre des sentences définitives, et doit être restreint aux sentences qui ne sont que préparatoires: *et Sabinus putavit quidem posse; Cassius sententiam magistri sui benè excusat, et ait Sabinum non de eâ sensisse sententiâ quæ arbitrium finiat, sed de præparatione causæ.*

» Peu importe que, par l'art. 452 du Code de procédure civile les jugemens interlocutoires qui admettent la preuve de faits contestés, soient mis au rang des jugemens *qui préjugent le fond*. Oui, sans doute, ils le préjugent; mais, par cela seul qu'ils ne font que le préjuger, ils ne le jugent pas; et dès qu'ils ne le jugent pas, ils en laissent la décision absolument libre.

» Les auteurs n'ont là-dessus qu'une voix; et telle est la jurisprudence constante de vos arrêts.... (1).

» Et vainement les demandeurs cherchent-ils à opposer à ces arrêts ceux que la cour a rendus, suivant eux, les 25 août et 5 octobre 1807, 11 janvier et 4 juillet 1808.

» Qu'ont décidé ces quatre derniers arrêts, s'il faut en croire les demandeurs eux-mêmes? Rien autre chose, si ce n'est que, depuis la mise en activité du Code de procédure civile, dont l'art. 452 soumet immédiatement à l'appel, les jugemens interlocutoires qui admettent une preuve, on ne peut plus appeler de ces jugemens après les trois mois de leur signification à personne ou domicile, bien que le fond ne soit pas encore jugé; et que, par le laps de ce délai fatal, ils deviennent irrévocables quant à la question de savoir si la preuve qu'ils ont admise, était admissible, parcequ'en effet, sur l'admissibilité de cette preuve, ils sont véritablement définitifs (2).

» Mais qu'a de commun cette décision avec la conséquence que les demandeurs prétendent en tirer? Il en résulte bien que les sieur et dame Delvigne n'auraient plus été recevables, après avoir acquiescé aux jugemens des 20 messidor et 2 thermidor an 12, 3 germinal an 13 et 18 avril 1806, à en interjeter appel pour faire juger que la preuve à laquelle ils avaient admis les sieurs Massuy et consorts, n'était pas admissible; mais on ne peut certainement pas en conclure que le tribunal de première instance de Huy s'était lui-même tellement lié par ces jugemens, qu'il ne lui fût plus permis, au moment où il a statué définitivement, de revenir à l'état dans lequel se trouvait la cause avant qu'il les eût rendus, et de juger comme si les faits qu'il avait d'abord regardés comme décisifs, ne l'eussent pas été.

» Cela posé, que devient le premier moyen de cassation des demandeurs? Très-certainement la cour d'appel de Liége ne pouvait pas être plus liée par les jugemens interlocutoires du tribunal de première instance de Huy, que le tribunal de première instance de Huy ne l'était lui-même. Chargé de statuer sur l'appel du jugement définitif de ce tribunal, elle a pu et dû faire tout ce que ce tribunal pouvait et devait faire lui-même; elle a conséquemment pu mettre à l'écart les jugemens interlocutoires de ce tribunal, ainsi que la preuve qui s'était faite en conséquence, et s'attacher uniquement aux points que ce tribunal avait d'abord négligés.

» Mais si la cour d'appel de Liége n'a pas contrevenu à l'autorité de la chose jugée, n'a-t-elle pas violé l'art. 975 du Code civil? Ici se présente, comme vous le voyez, l'examen du deuxième moyen de cassation des demandeurs; et, nous devons le dire, ce moyen mérite une grande attention.

» C'est d'un testament par acte public qu'il s'agit ici. Or, d'une part, l'art. 975 du Code

(1) *V.* les articles *Chose jugée*, §. 1, et *Interlocutoire*, §. 5.

(2) De ces quatre arrêts, j'ai vainement cherché, depuis, les trois premiers dans les minutes de la cour de cassation. Quant au quatrième, je l'ai rapporté au mot *Cassation*, §. 33, et la seule chose qu'il juge, est que l'on ne peut pas, après avoir acquiescé à un arrêt interlocutoire qui préjuge le fond, et sans l'attaquer, demander la cassation de l'arrêt définitif qui s'en est ensuivi; question qui n'a rien de commun avec celle dont il s'agit ici.

Du reste, cette question a été jugée diversement par la cour de cassation: j'ai rapporté au mot *Interlocutoire*, §. 2, n° 7, un arrêt du 26 juin 1826, qui la décide dans un sens; et l'on trouvera dans le bulletin civil, tome 21, page 263, ainsi que dans le recueil de M. Sirey, tome 21, page 272, un autre arrêt, du 1er août 1820 qui la décide dans le sens opposé.

Mais, au surplus, *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Preuve*, sect. 2, §. 3, n° 32.

Digitized by Google

civil porte que *les légataires, à quelque titre qu'ils soient, ne pourront être pris pour témoins du Testament par acte public;* et de l'autre, il est reconnu par la cour d'appel de Liége que, parmi les quatre témoins du Testament du sieur Tritsman, il s'en trouve deux, savoir, Gilles Debroux et Joseph Landrin, à chacun desquels, en leur qualité d'ouvriers de la ferme du testateur, l'héritière instituée est chargée, par cet acte même, de donner quatre mesures de seigle.

» Comment donc la cour d'appel de Liége a-t-elle pu déclarer ce Testament valable? Comment a-t-elle pu ne pas appliquer à ce Testament la nullité dont l'art. 1001 du Code civil punit toute espèce de contravention aux dispositions des articles précédens concernant les formalités des Testamens?

» Elle en a donné quatre raisons; et vous allez voir, Messieurs, que de ces quatre raisons, il y en a trois qui heurtent de front tous les principes de la matière.

» La première est que, dans le Testament, ni Gilles Debroux ni Joseph Landrin ne sont désignés nommément comme légataires.

» Mais qu'importe ce défaut de désignation nominative? Si Gilles Debroux et Joseph Landrin n'avaient pas assisté au Testament comme témoins, et qu'en conséquence les héritiers *ab intestat* n'eussent eu aucun sujet de contester la validité de cet acte, Gilles Debroux et Joseph Landrin pourraient-ils, en demandant leur legs à l'héritière instituée, être repoussés par elle, sous le prétexte que le testateur ne les a pas désignés nommément? Non sans doute. Ils répondraient victorieusement: le testateur a appelé les quatre ouvriers qui étaient employés dans sa ferme au moment où il disposait, et qui le seraient encore au moment de son décès. Nous sommes du nombre de ces quatre ouvriers; nous sommes donc appelés par le testateur.

» Eh! Ne voyons-nous pas tous les jours des testateurs faire des legs aux domestiques qui se trouveront à leur service le jour de leur mort; et de pareils legs ont-ils jamais été contestés, faute de désignation nominative des légataires? N'est-il pas d'ailleurs décidé textuellement par la loi 9, D. *de heredibus instituendis*, qu'il n'est pas nécessaire de nommer expressément l'héritier qu'on institue, et qu'il suffit de le désigner d'une manière non équivoque: *Si quis nomen heredis quidem non dixerit, sed indubitabili signo eum demonstraverit, quod penè nihil à nomine distat....., valet institutio?* La loi 34, D. *de conditionibus et demonstrationibus*, ne dit-elle pas que *nominatim alicui legetur ità, Lucio Titio, an per demonstrationem corporis, vel artificii, vel officii, vel necessitudinis, nihil interest?*

» La seconde raison de la cour d'appel est que, dans le Testament du sieur Tritsman, Gilles Debroux et Joseph Landrin ne sont pas qualifiés d'ouvriers de la ferme du testateur, mais de *journaliers*, ce qui n'est pas (ajoute la cour d'appel) la même chose dans le canton de la Herbaye, où les journaliers des fermes sont payés à la journée et en argent, tandis que les ouvriers le sont en grains de la récolte.

» Mais quoi! Est-ce par la qualité qu'un Testament donne, soit aux légataires, soit aux témoins, que l'on doit juger de leur capacité? Si un Testament contenait un legs au profit du confesseur, du médecin ou du chirurgien du testateur, ce legs en serait-il moins nul, parceque le confesseur y serait qualifié de marchand, parceque le médecin y serait désigné comme avocat, parceque le chirurgien y serait présenté comme artiste dramatique?

» Si un étranger, un mort civilement, un mineur, étaient pris pour témoins dans un Testament, la nullité de cet acte serait-elle couverte par la précaution que l'on y aurait prise de qualifier l'étranger de Français, de masquer le mort civilement, sous la dénomination de citoyen jouissant de tous ses droits, de déclarer que le mineur est parvenu à l'âge de majorité?

» Que la cour d'appel de Liége eût conclu de la qualité de *journaliers* attribuée par le Testament à Gilles Debroux et à Joseph Landrin, qu'ils n'étaient effectivement que *journaliers*, qu'ils n'étaient pas, à proprement parler, *ouvriers* de la ferme du testateur, et que cette énonciation devait, dans les doutes que pouvait laisser l'enquête, l'emporter sur la preuve que les héritiers *ab intestat* avaient entreprise du contraire, cela se concevrait, et nous n'aurions rien à dire sur cette manière de raisonner, qui, en effet, ne pourrait être critiquée que sous le rapport du bien ou mal jugé, et n'offrirait aucune contravention aux lois.

» Mais la cour d'appel reconnaît elle-même qu'il est prouvé par l'enquête, que Gilles Debroux et Joseph Landrin étaient réellement du nombre des *quatre ouvriers* de la ferme du testateur; et qu'ils l'étaient, non seulement à l'époque du décès de celui-ci, mais encore à celle de ses dernières dispositions; elle reconnaît elle-même que chacun des quatre ouvriers qui étaient employés, à ces deux époques, dans la ferme du testateur,

Digitized by Google

est gratifié par le Testament, de quatre mesures de seigle; et pour éluder l'application de l'art. 975 du Code civil, elle dit que ce n'est pas comme *ouvriers*, mais comme *journaliers*, qu'ils sont désignés dans le Testament! C'est, disons-le franchement, une défaite qui n'a pas même le mérite d'être spécieuse, c'est l'outrage le plus manifeste qu'on puisse faire à la loi.

» La troisième raison de la cour d'appel est que les quatre mesures de seigle données, non à Debroux et Landrin, mais aux ouvriers de la ferme qui seront encore employés au moment de la mort du testateur, Debroux et Landrin ne pouvaient pas, à l'instant même du Testament, se considérer comme légataires, puisqu'il ne dépendait pas d'eux d'être encore employés dans la ferme en qualité d'ouvriers au moment où le testateur viendrait à mourir; qu'ainsi, rien ne les empêchait d'assister, comme témoins, au Testament, lorsqu'ils y ont été appelés en cette qualité; et que l'incapacité qui, à cet égard, leur est survenue depuis, n'a pas pu annuler des dispositions de dernière volonté qui, dans leur principe, étaient régulières.

» Mais en raisonnant ainsi, la cour d'appel de Liége a fait une distinction que la généralité des termes de l'art. 975 du Code civil ne lui permettait pas de faire. Cet article ne distingue pas entre les légataires purs et simples et les légataires conditionnels; il comprend donc ceux-ci, tout aussi bien que ceux-là, dans la défense qu'il contient d'employer les légataires dans les Testamens en qualité de témoins.

» En disposant comme il le fait, l'art. 975 du Code civil rend commune aux légataires une règle que le droit romain avait restreinte aux héritiers institués. Si donc la disposition du droit romain qui défendait à l'héritier institué d'assister, comme témoin, au Testament qui renfermait son institution, s'étendait à l'héritier institué sous condition, ni plus ni moins qu'à l'héritier institué purement et simplement, quelle raison y aurait-il de ne pas étendre également au légataire appelé sous condition, la défense que fait l'art. 975 du Code aux légataires en général d'assister, comme témoins, au Testament qui le gratifie?

» Or, consultez tous les auteurs qui ont écrit sur le droit romain, et vous n'en trouverez pas un seul qui excepte l'héritier institué sous condition, de la défense dont nous venons de parler.

» L'héritier *substitué* était bien certainement un héritier institué sous condition; car, de deux choses l'une: ou il était substitué vulgairement, ou il l'était fidéicommissairement. Au premier cas, il était institué sous la condition que l'héritier institué directement ne recueillît pas la succession. Au second cas, il était appelé à la succession, sous la condition qu'il survécût à l'héritier chargé de la lui conserver et de la lui rendre. Or, l'héritier substitué était-il frappé de la même incapacité que l'héritier institué, d'assister comme témoin au Testament? Voët, sur le Digeste, titre *qui testamenta facere possint*, n° 9, n'en fait pas le moindre doute: *heres quoque*, dit-il, *sive directus, sive fideicommissarius, sive institutus, sive substitutus, in eo testamento testis admittendus non est*; et quels sont les textes d'après lesquels il s'explique ainsi? Ce sont le §. 10, Inst. *de testamentis ordinandis*, et la loi 20, D. *qui testamenta facere possint*, qui ne parlent que de l'héritier en général, *heres scriptus*.

» Aussi l'art. 43 de l'ordonnance du mois d'août 1735 avait-il adopté formellement sa doctrine: *Les héritiers institués* ou SUBSTITUÉS, portait-il, *ne pourront être témoins en aucun cas*.

» Il n'est donc pas permis de douter que le Testament du sieur Tritsman ne fût nul, s'il contenait, au profit de Gilles Debroux et de Joseph Landrin, une disposition ainsi conçue: *Je lègue à Gilles Debroux et à Joseph Landrin chacun quatre mesures de seigle, si, dans les dix jours qui suivront mon décès, ils font telle chose*.

» Eh bien! Au lieu de cette disposition, le Testament contient celle-ci: *Je lègue aux quatre ouvriers actuels de ma ferme*, et par conséquent à Gilles Debroux et à Joseph Landrin, *quatre mesures de seigle, s'ils sont encore employés dans ma ferme à l'époque de mon décès*.

» Et ces deux dispositions revenant absolument au même, ces deux dispositions constituant également des legs conditionnels, il est clair que la nullité dont la première serait incontestablement frappée, vicie pareillement la seconde.

» Sans doute, si le testateur avait dit: *Je lègue aux ouvriers qui seront employés dans ma ferme à l'époque de mon décès, chacun quatre mesures de seigle*, la présence de Gilles Debroux et de Joseph Landrin au Testament, ne le vicierait pas. Sans doute alors on devrait dire avec la cour d'appel de Liége, que Gilles Debroux et Joseph Landrin, n'étant pas nommés légataires, même sous condition, par le Testament, rien ne pouvait les empêcher d'y assister comme témoins. Sans doute alors le

Digitized by Google

legs dont ils se trouveraient gratifiés par l'effet d'un événement qui ne dépendait pas de leur seule volonté, ne pourrait pas, en rétroagissant sur le Testament, les faire considérer comme légataires, et par suite, comme incapables d'être témoins, à l'époque de la confection de cet acte. Et à cette hypothèse s'appliquerait précisément l'arrêt du 11 septembre 1809 par lequel la section civile a jugé, au rapport de M. Génevois, en cassant un arrêt de la cour d'appel de Bordeaux, que le sieur Ducluzeau, prêtre, exerçant les fonctions du culte catholique dans la commune de Nievil, avait pu assister comme témoin au Testament de la veuve Cornette, quoique celle-ci eût assigné, par cet acte même, une somme de 160 francs *au ministre qui exercerait le culte catholique dans la commune de Nievil au moment de son décès*, à la charge de l'employer en prières pour le repos de son ame.

» Mais ce n'est pas ainsi que le testateur s'est expliqué dans notre espèce : le legs qu'il a fait de seize mesures de seigle, il ne l'a pas fait simplement aux quatre ouvriers qui seraient employés dans sa ferme, au moment de sa mort; il l'a fait aux quatre ouvriers qui étaient employés dans sa ferme, au moment même où il disposait, et qui, au moment de sa mort, y continueraient encore leur service. Il a donc désigné lui-même, sinon nominativement, du moins par ce qu'on appelle en droit une *démonstration* équipollente à une désignation nominative, les quatre personnes qui devaient recueillir son legs de seize mesures de seigle, et qu'il appelait à ce legs en cas qu'elles fussent encore employées dans sa ferme à l'époque de son décès. Il a donc imprimé à ces quatre personnes le caractère de légataires sous condition. Il a donc placé lui-même ces quatre personnes dans l'impuissance légale de contribuer, par leur présence, à l'authenticité de son Testament; Gilles Debroux et Joseph Landrin n'ont donc pas pu assister à son Testament en qualité de témoins.

» Jusqu'à présent nous avons supposé, avec la cour d'appel de Liége, que la clause du Testament par laquelle quatre mesures de seigle sont assignées à chacun des quatre ouvriers de la ferme du testateur, forme un véritable legs. Mais le moment est venu de discuter cette supposition; et c'est ce que fait la cour d'appel de Liége dans le quatrième motif de son arrêt. *Les quatre mesures de seigle* (dit-elle) *ne doivent pas être regardées, dans l'espèce, comme un véritable legs, mais comme un simple salaire accordé ou promis à ceux qui seraient chargés de porter le testateur en terre; et cela tant à cause de la modicité de l'objet que par ce motif qui a été établi en fait, que c'était la coutume dans la Herbaye, de charger les ouvriers de la ferme de porter en terre le cadavre du fermier; en outre, parceque le testateur, en parlant de ces mesures de seigle, immédiatement avant d'avoir ordonné la célébration de trois cents messes, semble lui-même indiquer que telle était sa volonté.*

» Ici, nous sommes forcés, parcequ'il s'agit d'un fait, de reconnaître, avec la cour d'appel de Liége que, par l'usage du canton de la Herbaye, les ouvriers de chaque ferme sont chargés de porter en terre le cadavre du fermier.

» Mais d'abord peut-on raisonnablement inférer de cet usage, que Gilles Debroux et Joseph Landrin étaient appelés, par leur qualité d'ouvriers de la ferme du sieur Tritsman, à porter son corps en terre? Remarquez, MM., que le sieur Tritsman n'exploitait pas lui-même sa ferme et qu'il en avait affermé l'exploitation aux sieur et dame Delvigne. Il semblerait, dès-lors, qu'un usage qui n'était établi que pour les fermiers, ne lui fût pas applicable. Cependant la cour d'appel de Liége a jugé le contraire; et nous devons le dire, si, en cela, elle a mal raisonné, elle n'a du moins erré que sur un point de fait, elle n'a du moins violé aucune loi.

» Ensuite, résulte-t-il de l'usage dont il s'agit, que Gilles Debroux et Joseph Landrin devaient, même sans disposition expresse de la part du sieur Tritsman, recevoir chacun quatre mesures de seigle pour salaire du transport de son cadavre en terre? Observons bien que la cour d'appel de Liége elle-même ne dit pas que l'usage du canton de la Herbaye s'étendît jusque-là. Suivant cet usage, ils devaient, du moins la cour d'appel de Liége le dit, et elle a le droit de le dire, elle a le droit d'errer en le disant, ils devaient porter en terre le corps du sieur Tritsman; mais la cour d'appel de Liége ne dit pas que, d'après ce même usage, ils dussent recevoir pour salaire chacun quatre mesures de seigle; et conséquemment il est reconnu par la cour d'appel de Liége elle-même que ni l'un ni l'autre n'eût pu exiger quatre mesures de seigle pour son salaire, si le testateur ne lui en eût conféré le droit par une disposition formelle de son Testament.

» Cela posé, il paraît, à la première vue, bien difficile de ne pas considérer comme un véritable legs, la disposition du Testament qui assigne à Gilles Debroux et à Joseph Landrin chacun quatre mesures de seigle.

Digitized by Google

Qu'est-ce qu'un legs? C'est, répond Justinien dans ses Institutes, titre *de legatis*, §. 1er, une donation qui est faite par un acte de dernière volonté et doit être exécutée par l'héritier du défunt : *Legatum est donatio quædam à defuncto relicta et ab herede præstanda.* Or, n'y a-t-il pas *donation*, toutes les fois que l'on cède ou que l'on promet une chose pour l'obtention de laquelle celui à qui on la cède ou la promet, n'avait aucune action? La loi 29, D. *de donationibus*, ne dit-elle pas que *donari videtur quod nullo jure cogente conceditur?* Assurément Gilles Debroux et Joseph Landrin n'auraient eu, même après avoir porté en terre le corps du sieur Tritsman, aucune action pour exiger chacun quatre mesures de seigle, de son héritière instituée. Sans doute, il leur eût été dû un salaire quelconque; mais ce salaire aurait pu ne pas s'élever, et suivant toutes les apparences, il ne se serait pas élevé à la valeur de quatre mesures de seigle. Et eût-il équipollé à cette valeur, ce n'est pas en grains, c'est en argent qu'il eût été exigible. Donc, même dans cette supposition, ils auraient eu besoin de la volonté expresse du testateur pour se faire délivrer chacun quatre mesures de seigle en paiement de leur salaire. Donc, soit que la valeur des quatre mesures de seigle égale, soit qu'elle surpasse, le salaire que Gilles Debroux et Joseph Landrin auraient pu exiger pour avoir porté en terre le corps du sieur Tritsman, la disposition par laquelle le sieur Tritsman a assigné à chacun d'eux quatre mesures de seigle, présente le caractère d'un véritable legs.

» Eh! N'est-ce pas comme legs proprement dit, que vaut, suivant la décision expresse de la loi 1re, §. 10, D. *ad legem falcidiam*, la disposition par laquelle un testateur donne à son créancier ce qu'il lui doit, lorsque, dans ce que le testateur donne à son créancier, il y a quelque chose de plus que dans sa dette, ou lorsqu'au lieu de ce qu'il doit précisément, il donne un autre objet? Et n'est-ce pas pour cela que la loi 7, §. 1er, D. *de legatis*, 30, déclare que le créancier à qui le testateur a légué ce qu'il lui devait, peut être grevé de fidéicommis à raison de ce qu'il y a de plus dans le legs que dans la dette : *si quis creditori suo legaverit id quod debet, fideicommitti ejus non poterit, nisi commodum aliquod ex legato consequatur?*

» En admettant donc, avec la cour d'appel de Liége, que le sieur Tritsman ait eu, par son Testament, l'intention de charger Gilles Debroux et Joseph Landrin de porter son corps en terre, et que telle ait été la cause pour laquelle il leur à assigné à chacun quatre mesures de seigle, comment devons-nous envisager sa disposition? Précisément comme un *legs modal*, comme une libéralité à laquelle est apposée la charge de faire telle chose. Et de là même il suit que cette disposition forme un legs proprement dit. Aussi la loi 1re et la loi 2, §. 19, D. *ad legem falcidiam*, décident-elles que le legs d'une somme d'argent à la charge de bâtir un sépulcre au testateur, est sujet au retranchement de la quarte falcidie : *eum cui pecunia ad faciendum monumentum legata sit, falcidiam passurum.*

» Voilà peut-être, MM., tout ce qu'on peut dire de plus spécieux contre le quatrième motif de l'arrêt de la cour d'appel de Liége. Mais n'est-il pas un point de vue sous lequel il peut être justifié?

» Revenons aux deux lois romaines que nous venons de citer.

» Leur objet est de résoudre la question de savoir si l'on doit considérer comme legs, et par suite comme sujet au retranchement de la quarte falcidie, ou si l'on doit assimiler aux dettes, aux charges naturelles de la succession, ce qui est assigné par le testateur, tant pour les frais de ses funérailles que pour lui élever un monument en forme de sépulcre; et cette question, comment la décident-elles? En distinguant entre la somme assignée pour les frais des funérailles, et la somme assignée pour la construction d'un monument. La première, disent-elles, doit être considérée comme une dette, comme une charge de l'hérédité, et la quarte falcidie ne doit pas en être déduite; mais quant à la seconde, elle forme un véritable legs, et elle est passible du retranchement de la quarte falcidie, du moins en tant qu'elle excède ce qui est nécessaire pour la construction d'un monument qui, par son peu de valeur, soit censé faire partie de la sépulture : *de impensâ monumenti nomine factâ, quæritur an deduci debeat? Et Sabinus ità deducendum putat, si necessarium fuerit monumentum extruere. Marcellus consultus an funeris monumentique impensa, quantam testator fieri jussit, in ære alieno deduci debeat, respondit non ampliùs eo nomine quàm quod funeris causâ consumptum est, deducendum : nàm ejus quod in extructionem monumenti erogatum est, diversam esse causam; nec enim ità monumenti extructionem necessariam esse ut sit funus ac sepultura : id circò eum cui pecunia ad faciendum monumentum legata sit, falcidiam passurum; nec ampliùs concedendum erit, quod sufficiat ad speciem modicam monumenti.*

Digitized by Google

» La conséquence de ces lois est facile à saisir : c'est qu'on ne doit pas considérer comme un legs, mais comme une charge naturelle de la succession, la disposition par laquelle un testateur détermine les valeurs qui doivent être employées à sa sépulture.

» Et c'est ce que la section civile a jugé de la manière la plus précise par l'arrêt du 11 septembre 1809, que nous avons déjà eu l'honneur de vous rappeler.

» La dame Cornette avait institué les sieur et dame Vergnaud ses héritiers universels, à la charge de payer, dans les huit jours de son décès, au ministre du culte catholique de la commune de Nievil, la somme de 160 francs laquelle serait employée en prières pour le repos de son ame. Au nombre des témoins instrumentaires de ce Testament, se trouvait le sieur Ducluzeau, prêtre, qui, à l'époque du décès de la dame Cornette, desservait de fait la paroisse de Nievil, sans cependant avoir obtenu, à cet effet, ni provisions ni institution de l'évêque. De là, une demande en nullité qui fut accueillie par la cour d'appel de Bordeaux, sur le fondement que, d'une part, le sieur Ducluzeau était légataire, et que de l'autre, l'art. 975 du Code civil déclare les légataires incapables d'être témoins. Les sieur et dame Vergnaud se sont pourvus en cassation; et l'arrêt dont il s'agit, a cassé celui de la cour d'appel de Bordeaux, par deux motifs : l'un, que ce n'était, ni au sieur Ducluzeau nommément, ni au desservant actuel de la paroisse de Nievil, que la testatrice avait ordonné de payer la somme de 160 francs, mais qu'elle avait ordonné de la payer au prêtre qui desservirait cette paroisse au temps de son décès; l'autre, *que la clause du Testament par laquelle la testatrice charge ses légataires universels de payer, après son décès, une somme de 160 francs pour être employée en prières pour le repos de son ame, ne constitue ni un legs ni une libéralité quelconque, mais seulement une charge de l'hérédité; qu'il en est de ce cas comme de celui où le testateur ordonne qu'il soit payé une somme déterminée pour les frais de la pompe de ses funérailles : cas où il est bien évident que l'église ou la fabrique à laquelle cette somme est payée, ne reçoit point un legs, mais seulement le paiement d'une dette.*

» Dans notre espèce, c'est, du moins la cour d'appel de Liége l'a ainsi jugé en fait, c'est pour le transport des restes du testateur dans le cimetière, que le testateur lui-même a assigné seize mesures de seigle. C'est conséquemment pour une partie essentielle des frais de funérailles : donc la disposition du testateur qui assigne ces seize mesures de seigle aux quatre ouvriers de la ferme, ne peut pas être considérée comme un legs; donc Gilles Debroux et Joseph Landrin ne sont point légataires du sieur Tritsman; donc ils ont pu être appelés comme témoins à son Testament.

» Et par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête des demandeurs ».

Arrêt du 17 janvier 1810, au rapport de M. Cochard, par lequel,

« Attendu, sur le premier moyen, que les jugemens interlocutoires ne lient pas les juges (1);

» Attendu, sur le second, que l'arrêt attaqué ayant décidé, en fait, que l'usage était, dans la contrée de la Herbaye, de charger les ouvriers de chaque ferme de porter en terre le cadavre de leur maître, fermier ou propriétaire; qu'en conséquence, le legs de quatre mesures de seigle fait par le testateur aux quatre ouvriers de sa ferme, s'ils se trouvaient encore à son service à l'époque de son décès, doit moins être considéré comme un legs proprement dit, que comme une charge de l'hérédité de celui-ci, laquelle faisait partie de ses frais funéraires; d'où il suit que Gilles Debroux et Joseph Landrin ont pu être témoins dans le Testament dont il s'agit, bien qu'ils eussent reçu de l'héritier la rétribution fixée par ledit Testament aux quatre ouvriers de sa ferme qui s'y trouveraient encore lors de sa mort, et qu'ils fussent du nombre desdits ouvriers; et que l'arrêt attaqué n'a pu contrevenir à l'art. 975 du Code civil, qui défend d'appeler comme témoins dans un Testament ou codicille les légataires, à quelque titre qu'ils le soient;

» Par ces motifs, la cour rejette le pourvoi..... ».

§. XV. 1° *La disposition d'un Testament par laquelle le testateur appelle à sa succession ceux à qui elle serait déférée par tel statut abrogé, s'il était encore en vigueur, est-elle valable et doit-elle avoir son effet?*

2° *Serait-elle valable et devrait-elle avoir son effet, si, en appelant à la succession du testateur ceux à qui elle était déférée par une loi ou coutume abrogée, elle établissait suffisamment par elle-même leur vocation, de manière que la*

(1) *V.* ci-après, §. 17, l'arrêt de la cour de cassation du 14 juillet 1818.

Digitized by Google

mention de la loi ou coutume abrogée ne formât, dans le Testament, qu'une énonciation surabondante?

Voici une espèce dans laquelle j'ai traité ces deux questions.

Le 26 messidor an 9, Marie-Gilberte Rollet, épouse du sieur de Chazerat, domicilié à Riom, fait un testament olographe par lequel, après plusieurs legs particuliers et une disposition qui assure à son mari l'usufruit de tous ses biens, elle s'explique ainsi :

« Quant à la propriété de mes biens, mon » intention étant, autant qu'il dépend de moi, » de les faire retourner à ceux de mes parens » qui descendent des estocs desquels ils me » sont provenus, je donne et lègue tout ce » dont il m'est permis de disposer, suivant » la loi du 4 germinal an 8, à tous ceux de » mes parens de la branche de mes aïeul et » aïeule paternels, et de celle de mon aïeule » maternelle, qui seraient en ordre de me » succéder, suivant les règles de la représen- » tation à l'infini, telle qu'elle avait lieu » dans la ci-devant coutume d'Auvergne, » pour être partagé entre les trois branches » au marc la livre de ce qui m'est parvenu de » chacune desdites branches, et être ensuite » subdivisé dans chacune d'elles, suivant les » mêmes règles de la représentation à l'in- » fini ».

Le 14 messidor an 11, la dame de Chazerat, fait un codicille dans lequel se trouve une disposition ainsi conçue :

« La nouvelle loi (1) m'ayant accordé la » faculté de disposer de la totalité de mes » biens, je veux et entends que le legs uni- » versel que j'avais fait par le susdit Testa- » ment, en faveur de mes parens de l'estoc » de mes aïeul et aïeule paternels, et de ceux » de l'estoc de mon aïeule maternelle, de » tout ce dont il m'était permis de disposer, » par la loi du 4 germinal an 8, ait son effet » pour la totalité de mes biens, sauf les di- » visions et subdivisions à faire entre mesdits » héritiers, de la manière expliquée audit » Testament; sauf aussi mes legs particuliers, » et les dispositions par moi faites en faveur » de mon mari, à tout quoi il n'est rien dé- » rogé par le présent codicille ».

Le 3 vendémiaire an 14, décès de la dame de Chazerat.

Le 29 du même mois, son Testament et son codicille sont déposés, en vertu d'une ordonnance du président du tribunal civil de Riom, entre les mains d'un notaire de la même ville.

Le 15 janvier 1807, deux des légataires particuliers forment contre les légataires universels, une demande en délivrance de leurs legs.

Les assignés se présentent au nombre de trente-sept.

Le 11 juin suivant, d'autres parens de la testatrice se prétendant appelés au legs universel, interviennent dans l'instance.

Tous, en se réunissant pour répondre aux deux légataires particuliers, demandent respectivement les uns contre les autres le partage de la succession de la dame de Chazerat, et concluent à toutes les opérations nécessaires pour y parvenir.

Le 28 janvier 1808, le sieur Mirlavaud, cousin germain de la défunte et son plus proche héritier maternel, présente une requête en intervention, et demande 1° que le legs universel porté aux Testament et codicille de la dame de Chazerat soient déclarés nuls, attendu que, par sa relation à la ci-devant coutume d'Auvergne, il est en opposition avec les art. 6 et 1390 du Code civil, et avec l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12; 2° que la succession *ab intestat* soit partagée en deux moitiés, dont l'une pour la ligne paternelle, et l'autre pour la ligne maternelle.

Le 15 mai suivant, le sieur Mirlavaud fait donation entre-vifs au sieur Mazuel, son neveu, de la moitié de tous les droits qui lui appartiennent dans la succession de la dame de Chazerat, sous la réserve de l'usufruit, et de la faculté de poursuivre lui-même, *jusqu'à* arrêt définitif, sa demande en *nullité* du legs universel, sauf au sieur Mazuel à y intervenir, s'il le juge à propos.

Le 22 juin de la même année, jugement du tribunal civil de Riom, ainsi conçu :

« La dame de Chazerat a-t-elle pu ordonner, par une disposition générale, que ses biens retourneraient aux estocs dont ils étaient provenus; qu'ils seraient partagés entre les trois branches de sa famille (qu'elle dénomme), suivant les règles de la représentation à l'infini, telle qu'elle avait lieu dans la ci-devant coutume d'Auvergne, et ensuite subdivisés dans chacune d'elles, suivant les mêmes règles de la représentation à l'infini?

» En exprimant ainsi sa volonté, la dame de Chazerat a-t-elle remis en vigueur, en termes généraux, une coutume abolie? A-t-

(1) La loi du 13 floréal an 11, qui forme aujourd'hui le titre des *Donations* et *Testamens* du Code civil.

Digitized by Google

elle subordonné sa disposition aux règles de cette coutume? Et enfin sa volonté ainsi exprimée doit-elle être réputée non écrite, comme contraire aux lois d'ordre public?

» Attendu la maxime constante, base de toute législation, et consacrée par l'art. 6 du Code civil, que nul ne peut, par des conventions particulières, déroger aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs, puisque ce qui a été établi pour le bien de tous, ne doit pas être interverti par la volonté changeante des individus; qu'il faut reconnaître incontestablement pour lois d'ordre public, celles qui ont un rapport direct et spécial à la société en corps, dont les conséquences réfléchissent éminemment sur l'ensemble des citoyens; que, si, à quelques égards, on peut regarder toutes les lois comme ayant pour objet une certaine utilité publique, dans les unes cependant cette utilité se borne à ne régler que des intérêts privés, *pluribus ut singulis;* dans les autres, au contraire, cette utilité embrasse la société entière, elle se lie à tous les intérêts, *pluribus ut universis;* qu'ainsi, lorsque le testateur fait la distribution de ses biens, il use d'une faculté qui est toute relative à lui seul et dans son intérêt privé; mais le mode dont il se sert, l'ordre qu'il doit observer dans cette répartition, est du domaine public, qui est par lui-même une barrière insurmontable;

» Attendu que, parmi ces lois inviolables, l'art. 1390 a placé la prohibition faite aux époux de stipuler entre eux d'*une manière générale,* que leur association sera réglée par l'une des coutumes qui régissaient ci-devant les diverses parties de la France, qui sont abolies; qu'en effet, l'abrogation de tous ces statuts locaux, jugés nuisibles tant par leur multitude que par la bizarrerie de grand nombre de leurs dispositions, que l'avantage d'une loi uniforme, longtemps désirée et profondément sentie, entrent évidemment dans l'intérêt commun de la société; que c'est s'élever contre cet intérêt de tous, établir un Code pour soi, que de faire renaître ces lois anéanties et les tirer de l'oubli auquel le corps social les a condamnées en grande connaissance de cause;

» Attendu que les Testamens, ainsi que tous autres actes ou contrats, sont indistinctement soumis à ces principes sacrés; que la faction du Testament, comme disent les lois romaines, est incontestablement d'ordre public; que le premier devoir du testateur est de le reconnaître et de le respecter; que de plus, les grands motifs qui ont dicté cet art. 1390, relativement au contrat de mariage, s'appliquent naturellement au Testament; que l'avantage du public, ainsi que la tranquillité des familles, ne sont pas moins compromis en rappelant en termes généraux, dans une disposition testamentaire, une coutume abolie, qu'en la reconnaissant dans un contrat de mariage; que, dans l'un comme dans l'autre cas, l'intérêt public est violé, puisque la dame de Chazerat s'est constituée au-dessus de la volonté générale, soit par son mépris étudié de la précieuse uniformité de nos lois, soit en reproduisant cette multitude infinie de coutumes, et avec elles les contestations interminables que la sagesse du législateur a voulu écarter;

» Attendu que la loi, en laissant au testateur la plus grande latitude dans la disposition de ses biens, en l'établissant l'arbitre et le souverain de ses dernières volontés, lui a cependant donné pour bornes toutes les règles qui concernent l'ordre public, les bonnes mœurs et les formalités des actes; que c'est sous ces conditions qu'il a reçu de la loi un pouvoir si étendu; qu'il perd ce pouvoir, ou du moins que ce pouvoir est rendu sans effet, dès qu'il oublie les conditions sous lesquelles il l'a reçu;

» Attendu que la dame de Chazerat a méconnu ou méprisé ces principes, lorsque, dans son Testament et dans son troisième codicille, au mépris de la volonté et des intérêts de la société, elle a remis en vigueur, en termes généraux, une coutume abolie, en ordonnant *que ses biens retourneraient aux estocs desquels ils étaient provenus; qu'ils seraient partagés entre les trois branches* de sa famille qu'elle dénomme, *suivant les règles de la représentation à l'infini, telle qu'elle avait lieu dans la ci-devant coutume d'Auvergne, et ensuite subdivisés dans chacune d'elles, suivant les mêmes règles de la représentation à l'infini;*

» Attendu que ce rappel, en termes généraux, à la coutume d'Auvergne, renferme une résistance réfléchie à la volonté et à l'utilité publique, sous deux rapports frappans: l'un, en obligeant ses héritiers de faire la recherche de la nature et de l'origine des biens dans chaque estoc, suivant la coutume d'Auvergne, contre la prohibition précise du Code; et l'autre, en astreignant ses héritiers à faire entre eux les divisions et subdivisions suivant la représentation à l'infini, dans les principes de la même coutume d'Auvergne. Or, la coutume d'Auvergne avait, sous ces deux rapports, des maximes spéciales et particulières à elle seule, et qui s'éloignaient de toutes les autres coutumes qui avaient

Digitized by Google

admis la fameuse règle, *paterna paternis, materna maternis;* et que ces principes de la coutume ont été reproduits par la dame de Chazerat dans sa famille et dans sa succession, comme un brandon de discorde et de contestation;

» Attendu qu'on objecte vainement que la coutume d'Auvergne n'est rappelée dans le Testament que comme une démonstration, un point comparatif, et non comme loi impérieuse : raisonner ainsi, c'est jouer sur les mots et abuser des termes; car, comment la coutume d'Auvergne ne serait-elle dans le Testament que comme mode d'indication, lorsque la dame de Chazerat veut disertement et en termes géminés, que cette coutume soit la règle du partage de ses biens; lorsque presque tous les appelés par elle ont donné à leurs conclusions la forme d'une demande en partage d'après les maximes de la coutume d'Auvergne; lorsque, dans le fait et dans la réalité, il serait impossible à ces héritiers de faire ce partage tel qu'il est prescrit, sans être guidés par la coutume d'Auvergne? Ainsi c'est la coutume d'Auvergne à la main, qu'ils seraient obligés de rechercher quels sont les biens qui sont provenus de chacune des lignes favorisées; qu'ils seraient obligés de faire une recherche semblable pour attribuer à chaque branche, par la subdivision, les biens qui y ont aussi été rapportés; qu'il faudrait distinguer les dots mobilières ou pécuniaires qui auront fait souche par double confusion; qu'il faudrait également, dans le cas de la représentation, statuer si l'oncle et le neveu, étant en ligne égale, doivent concourir ensemble; si, au préjudice d'une renonciation, on peut venir par représentation de son auteur qui a renoncé; si, par l'effet de la représentation, le partage doit se faire par souches ou bien par têtes, et une multitude d'autres difficultés semblables : ainsi s'ouvriraient, pour ces héritiers, une ample carrière de débats, aux juges une multitude de questions épineuses, pour la décision desquelles la coutume d'Auvergne serait la seule régulatrice;

» Attendu qu'on ne peut pas dire que la coutume ne sera prise ici que comme autorité seulement, et non comme loi nécessaire, puisque cette coutume, ses usages, sa jurisprudence seraient la seule règle sur laquelle on devrait se diriger pour suivre la volonté et les vues rétrogrades de la testatrice; que la coutume ne serait pas simple renseignement, puisque, sans elle, sans s'y renfermer, on ne pourrait opérer la distinction des biens, éclaircir leur origine, les appliquer à diverses lignes, aux différentes branches, découvrir les individus appelés par la représentation, et parvenir enfin à débrouiller les obscurités de ce partage laborieux; la coutume ne serait pas un simple mode, une condition, puisqu'en général les modes et les conditions peuvent se concevoir et s'isoler des dispositions auxquelles ils sont apposés; mais ici le mode, la condition prescrits par la dame de Chazerat, sont inséparables; car enfin, si la testatrice a institué légataires universels les trois lignes qu'elle a affectionnées, c'est principalement pour prendre les biens provenant de chacune d'elles, suivant la coutume d'Auvergne; c'est pour les subdiviser ensuite d'après les mêmes principes, d'après la même origine et nature des biens : ses vrais héritiers seront ceux qui lui seront donnés par la représentation de la coutume d'Auvergne; ainsi et forcément, la coutume d'Auvergne se lie et s'incorpore à tout ce partage, et commandera à ses opérations;

» Attendu qu'on oppose encore sans fondement que la dame de Chazerat n'a pas généralisé son rappel de la coutume d'Auvergne, puisqu'elle l'a restreint à une seule de ses dispositions; c'est une erreur : car la soumission à une coutume prend évidemment la forme de disposition générale, lorsqu'elle porte sur un objet de disposition générale; or, c'est pour la nomination de ses légataires universels que la dame de Chazerat invoque la coutume d'Auvergne; c'est cette coutume en général qui réglerait leurs qualités et leurs avantages; cette disposition prend nécessairement un caractère de généralité dans ce partage; sans doute, la dame de Chazerat eût pu aisément spécialiser sa disposition; elle eût pu légitimement faire entre ses héritiers l'application de tels ou tels de ses biens, suivant sa volonté; elle eût pu, par cette voie spéciale, faire rentrer dans chaque ligne, dans chaque branche, la portion de fortune qu'elle en avait reçue; rien ne la gênait dans cette manière de disposer; par là, elle eût rempli ses intentions, respecté l'ordre public, et étouffé le germe de mille contestations dans sa famille : mais au lieu de faire ce qui lui était permis, elle a préféré de faire ce qui lui était défendu; de telles dispositions ne peuvent être protégées par la loi qu'elles offensent;

» Attendu qu'en vain on prétend excuser la dame de Chazerat, en alléguant qu'on ne peut lui faire un reproche d'avoir établi le partage de ses biens sur la représentation à l'infini, puisque cette représentation était admise par la loi du 17 nivôse an 2; cette

Digitized by Google

justification ne peut être admise, 1° parcequ'au décès de la dame de Chazerat, ce n'était plus la loi du 17 nivôse qui devait régler, soit la forme, soit le mérite de ses dernières dispositions; c'était le Code civil sous l'empire duquel elle est décédée, et que son testament olographe a reçu une date; 2° la testatrice est loin d'avoir puisé dans la loi du 17 nivôse, la représentation qu'elle ordonne; cette loi, dans toutes les branches, sous tous les points de vue, établit la représentation sous le rapport de la proximité du sang; au contraire, la coutume d'Auvergne attachait la représentation à l'origine et à la nature des biens; il fallait avoir pour auteur celui duquel les biens provenaient: la loi du 17 nivôse avait, à cet égard, puisé sa représentation dans l'affection naturelle, et l'avait liée aux personnes; la coutume d'Auvergne l'avait fait dépendre des usages féodaux, l'avait attachée à la glèbe plutôt qu'aux liens du sang: on ne peut donc trouver aucune analogie entre ces deux représentations, dont la source comme les effets étaient si différens;

» Attendu qu'on oppose encore sans raison, qu'on ne peut demander la nullité de la clause dont il s'agit, puisqu'elle n'est pas prononcée par la loi: c'est encore une illusion. Il y a nullité absolue dans toute disposition de loi négative-prohibitive. En prononçant, *on ne peut*, la loi use de toute sa puissance; elle impose un devoir indispensable, elle écarte tout prétexte: *Excludit potentiam juris et facti.* Or, l'art. 6 du Code dispose qu'*on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public.* L'art. 1390 statue de même que *les époux ne peuvent stipuler, d'une manière générale, que leurs conventions seront réglées par l'une des coutumes abolies;* et ces termes impérieux, *on ne peut* et *ne peuvent*, renferment sans doute une prohibition énergique, une impossibilité de faire de semblables dispositions, ils prononcent implicitement une nullité insurmontable;

» Attendu que cette nullité ne peut être écartée par la disposition de l'art. 967, sur lequel on veut encore s'appuyer: cet article permet, à la vérité, au testateur de manifester sa volonté sous toute espèce de titres et de dénominations; de sorte que, soit que le testateur dispose à titre de legs, de donation, d'institution d'héritier, ou sous toute autre qualification, peu importe: sa volonté connue, si elle est conforme à la loi, *quæ legitima est*, reçoit toujours son exécution; mais disposer *sous toute dénomination*, n'est pas faire toutes espèces de dispositions: en permettant au testateur de se servir de toutes expressions pour dicter ses intentions, la loi ne l'a pas autorisé à disposer sous un mode et dans une latitude indéfinis; les mœurs, l'utilité publique, les formalités des actes, et tout ce qui intéresse l'ordre social, sont toujours pour lui une barrière invincible; c'est d'après ce principe tutélaire, que l'art. 900 a voulu que, dans toutes dispositions entre-vifs ou testamentaires, les conditions contraires aux lois ou aux mœurs soient réputées non écrites; c'est ce que la dame de Chazerat a méconnu ou méprisé, en faisant l'institution d'héritier universel dont il s'agit; elle a violé l'ordre public, en subordonnant sa disposition aux règles d'une coutume anéantie; elle l'a violé, en rejetant avec affectation le bienfait de la loi nouvelle; elle l'a violé, en prescrivant une forme de partage qui serait une source féconde de contestations: la justice, comme la loi, ne peuvent accueillir une telle disposition; il faut donc la regarder comme non écrite dans le Testament de la dame de Chazerat....;

» En ce qui touche le partage,

» Attendu que la succession de la dame de Chazerat s'est ouverte sous l'empire du Code; qu'ainsi, c'est par les principes de cette loi que le partage doit en être terminé,

» Par ces motifs, le tribunal, par jugement en premier ressort, reçoit le sieur Mirlavaud partie intervenante dans la contestation pendante entre les sieurs Farradesche de Gromond, fils aîné, et le sieur Sablon-Ducorail, d'une part; et les héritiers et prétendans droit à la succession de la dame de Chazerat, d'autre part; et faisant droit sur ladite intervention, ainsi que sur la demande en nullité du legs universel en propriété fait par la dame de Chazerat, sans s'arrêter ni avoir égard audit legs universel fait au profit des trois branches d'héritiers y dénommés, et compris aux Testament olographe de la dame de Chazerat, du 26 messidor an 9, et codicille du 14 messidor an 11, légalement déposés, enregistrés les 25 et 29 vendémiaire an 14, lequel legs universel est déclaré nul et de nul effet, et comme non écrit dans ledit Testament; ordonne que, dans la huitaine de la signification du présent jugement, il sera procédé au partage de la propriété seulement de tous les biens meubles et immeubles provenus de la dame Marie-Giberte Rollet, femme de Chazerat, pour en être délaissé moitié aux parens de la ligne paternelle, et l'autre moitié aux parens de la ligne maternelle, conformément à l'art. 733 du Code civil, sauf les sou-

Digitized by Google

divisions entre elles, s'il y a lieu, conformément à l'art. 734 du même Code; auquel partage tous les intéressés feront tous rapports et prélèvemens que de droit, à la charge par les héritiers des deux lignes ci-dessus, de souffrir, sur la totalité desdits biens meubles et immeubles, l'usufruit universel au profit du sieur de Chazerat, époux de ladite dame Marie-Gilberte Rollet.... ».

Les légataires universels interjettent appel de ce jugement, et font assigner le sieur Mazuel, donataire de la moitié des droits du sieur Mirlavaud, en déclaration d'arrêt commun.

Par arrêt du 14 août 1809, la cour de Riom prononce en ces termes sur cet appel :

« La dame de Chazerat, pouvant disposer de l'universalité de ses biens, a-t-elle suffisamment exprimé son choix, en désignant ses légataires collectivement, par l'indication certaine de leur origine?

» Le Testament de la dame de Chazerat est-il parfait dans la volonté qu'elle a exprimée? L'est-il dans la volonté de la loi? Est-il contraire à l'ordre public, aux lois politiques, et au droit naturel et civil de morale?

» A-t-elle soumis sa propre volonté à la volonté générale de la ci-devant coutume d'Auvergne, abrogée par les lois nouvelles?

» Était-ce le cas d'appliquer à son Testament l'art. 1390 du Code civil?

» S'il était vrai que, des termes de la représentation à l'infini, exprimés dans le Testament, il dût résulter, comme le prétend le sieur Mirlavaud, que des filles forcloses ou les descendans d'elles dussent être exclus du partage, cette question peut-elle le concerner? N'en demeurerait-il pas moins exclu lui-même de la succession par le Testament? N'excipe-t-il pas du droit d'autrui, en agitant cette question....?

» Attendu, dans le droit, que la testatrice a pu disposer à volonté de l'universalité de ses biens; qu'elle a pu choisir ses légataires entre toutes personnes capables, et les désigner collectivement ou individuellement, soit par leurs noms ou états distinctifs, soit par des indications certaines d'origine, de famille ou de parenté, également propres à les faire connaître;

» Attendu, dans le fait, qu'on ne conteste ni sa capacité personnelle, ni celle de ses légataires, ni la disponibilité de tous ses biens, ni la faculté d'en disposer à tels titres, et de les distribuer selon telles mesures qu'elle a jugé à propos, ni la forme extrinsèque de ses testament et codicille;

» Attendu qu'il y a certitude dans sa disposition, puisqu'on convient qu'elle est de l'universalité des biens; qu'il y a certitude égale dans le nombre et les personnes légataires, en ce qu'ils sont désignés par leur qualité spécifique de descendans de trois estocs indiqués, en quelque nombre qu'ils soient, ce que, sous ce rapport, leur existence individuelle n'est susceptible d'aucun doute;

» Attendu qu'un Testament qui réunit tous ces caractères, est nécessairement parfait dans la volonté exprimée du testateur, puisqu'elle était libre; et qu'il est aussi nécessairement parfait dans la volonté de la loi, puisqu'il est fait sous son autorité, et qu'elle n'exige rien au-delà de ce qui a été observé;

» Attendu que celui de Marie-Gilberte Rollet de Chazeret, étant ainsi conforme, sous tous les rapports, à toutes les règles prescrites, il est impossible qu'il ne soit pas aussi conforme à l'ordre public, puisqu'il est vrai que l'ordre est toujours le résultat de l'observation de la règle;

» Attendu que, dès-lors, sa disposition universelle ne devait recevoir aucune atteinte des motifs par lesquels on l'a attaquée, et qui ont cependant déterminé les premiers juges à la déclarer nulle; que c'est en vain, et contre l'évidence du fait, qu'on lui reproche d'avoir soumis sa volonté propre à la volonté générale de la ci-devant coutume d'Auvergne, puisque, d'une part, elle a clairement et très-expressément déclaré toute sa volonté, dont aucune loi ne lui défendait de prendre l'exemple dans une coutume abrogée; que, de l'autre, loin de disposer généralement, selon le vœu de la coutume, elle s'est, au contraire, mise en opposition presque entière avec elle, soit dans sa disposition, en ce qu'elle est universelle, soit dans le choix de ses légataires, en ce qu'elle a donné à son mari, soit en faisant estoquer les dots au-delà de la personne des enfans, soit en ne réservant pas ses meubles et acquêts aux seuls parens paternels, soit en les confondant avec les propres de ses trois estocs, pour n'en faire qu'une seule masse divisible indistinctement entre tous, dans la proportion des apports, soit, enfin, en ce qu'elle a laissé une succession toute testamentaire, comme elle en avait le droit, au lieu de laisser une succession *ab intestat*, comme le voulait la coutume; que c'est par suite de cette illusion qu'on a appliqué à son Testament la disposition de l'art. 1390 du Code civil, qui défend aux époux de stipuler d'une manière générale que leur association sera réglée par une des coutumes qui sont

Digitized by Google

abrogées ; que la première erreur qui se remarque dans cette application, c'est que l'article cité n'a rapport qu'aux contrats de mariage, et que les prohibitions ne s'étendent pas des actes exprimés à ceux qui ne le sont pas ; que celle-ci s'étend si peu aux testamens, que, indépendamment de ce que l'article même prouve le contraire par son énonciation et par la rubrique sous laquelle il est placé, on le voit encore plus clairement par la comparaison des art. 911 et 1172, dont l'un, relatif aux testamens, dit que les conditions prohibées par les lois sont seulement réputées non-écrites ; et l'autre, relatif aux contrats, veut qu'elles rendent la disposition nulle ; qu'une autre erreur, plus étonnante que la première, vient de ce qu'on ne s'est arrêté ni au sens de l'article ni à la signification grammaticale des deux mots qui y sont employés, *manière générale ;* que, cependant, on devait savoir que ce qui est général comprend indéfiniment toutes les espèces, sans en marquer aucune ; car, si les espèces étaient expliquées, la *manière* cesserait d'être *générale,* n'y ayant rien de si opposé à la généralité, que la spécialité, qu'ainsi, un pacte d'association contractuelle, soumis *d'une manière générale* au régime de telle coutume, serait évidemment exclusif de toute volonté propre des contractans, et ne pourrait recevoir son effet que des termes de la coutume indiquée, comme un mandat général reçoit toute son exécution de la volonté de celui qui le remplit par suite de la soumission entière de celui qui l'a donné ; qu'alors, on conçoit comment et pourquoi la loi résiste à ce que les citoyens qu'elle régit, osent s'arroger la puissance de rétablir l'autorité d'une coutume qui est abolie, et prétendre faire produire un effet à une cause qui n'existe plus ; mais que, de près ni de loin, on ne saurait rien remarquer dans le Testament de Marie-Gilberte Rollet, qui ressemble à ce cas, puisqu'au contraire, tout y est énoncé et spécifié ; qu'il n'y a pas une seule disposition qui ne puisse être exécutée, indépendamment de toute coutume quelconque, par le seul fait de la volonté certaine et connue de la testatrice, par la seule autorité du Code civil, et en opposition totale à cette coutume d'Auvergne, qu'on a si singulièrement imaginé avoir été prise, *d'une manière générale,* pour règle de ce testament ; qu'à la vérité, on y parle d'*estoc* et de *représentation à l'infini,* pour désigner les légataires ; mais que cela même prouve la sagesse de la testatrice, qui, par l'expression la plus brève, fait connaître ses légataires de la manière la plus parfaite, sous une désignation qui a deux termes manifestement certains : l'un, les auteurs indiqués ; l'autre, celui où cesse leur descendance ; que lorsque, pour plus grande intelligence des règles de cette représentation, qu'elle ordonne de suivre, elle a ajouté ces mots : *selon qu'elle avait lieu dans la ci-devant coutume d'Auvergne,* on doit reconnaître d'abord qu'au moins, dans le seul endroit où elle parle de cette coutume, elle a spécialisé la règle qu'elle en empruntait, et que ce n'est plus, comme on l'a dit, *une manière générale* de s'y référer ; que, dans la réalité, non-seulement elle n'a rien dit que le Code réprouve, mais qu'elle l'a dit surabondamment, en ce sens que la représentation à l'infini s'entend assez d'elle-même, pour n'avoir pas besoin d'être expliquée par un exemple ; qu'ainsi, en regardant cette citation de la coutume comme vaine, en la supposant même condamnable, il en résulterait seulement qu'aux termes du Code civil, il faudrait la considérer comme non-écrite, et qu'alors la volonté de la testatrice n'en demeurant pas moins entendue, on ne pouvait l'anéantir sans violer ouvertement la loi qui en protége l'exécution ; mais que c'est une erreur manifeste de penser qu'il soit défendu, en exprimant sa volonté dans un testament, de rappeler pour modèle une loi abolie, lorsque, d'ailleurs, on ne veut rien que la loi nouvelle ne permette ; et, tandis qu'on ne saurait nier, et qu'on ne nie pas, en effet, que la testatrice a pu légitimement se choisir des héritiers de l'espèce et de la qualité de ceux qu'elle a désignés ; qu'il suffit de lire la phrase pour être convaincu qu'elle n'a rappelé les règles de la coutume d'Auvergne, quant à la représentation à l'infini, que pour qu'on ne se trompât pas dans l'exécution de sa volonté, ou plutôt pour mieux indiquer tous ses héritiers, si bien que, quand elle n'aurait pas dit un mot de cette coutume, sa disposition n'en serait ni moins certaine, quant à ses biens, ni moins expliquée, quant à ses héritiers, puisque la représentation à l'infini, à quoi elle aurait pu se borner, n'aurait été ni la représentation de telle coutume, ni celle de telle autre, mais telle que le mot seul le signifiait, c'est-à-dire, les descendans, tant qu'il y en aurait des estocs indiqués, et que, si ces mots, *telle qu'elle avait lieu,* ajoutent réellement quelque chose à l'expression de sa pensée, du moins il est évident que ce qu'ils y ajoutent n'est qu'une explication de plus, et que, par cela même, ils témoignent plus fortement qu'elle a eu une volonté propre, déterminée et éclairée, bien loin qu'elle se

Digitized by Google

soit référée *d'une manière générale* à l'autorité d'une coutume abrogée; qu'il n'est pas permis de voir des fautes où la loi n'en voit pas, et que, devant la loi, comme aux yeux de la raison, il n'y en a pas plus à citer une coutume abrogée pour exemple, qu'à rappeler qu'elle a existé, ou à répéter ce que portait tel ou tel de ses statuts; que, s'il était vrai que des termes de la représentation à l'infini, il dût résulter, comme l'objecte la partie de Bayle, que des filles forcloses, ou les descendans d'elles dussent être exclus du partage, cette question ne saurait le concerner, puisqu'il n'en demeurerait pas moins exclu lui-même de la succession par le testament; qu'ainsi il ne fait qu'exciper vainement du droit d'autrui, en agitant une question qui n'intéresserait que les héritiers testamentaires, et qu'ils n'élèvent pas; que si, pour régler les proportions du partage entre ces héritiers, il est nécessaire de remonter à l'origine des biens et d'en connaître la nature, quoique la loi ne considère ni l'une ni l'autre dans les successions *ab intestat*, il n'en résulte autre chose que ce qui résulte de la loi elle-même, c'est-à-dire, qu'il peut y avoir, selon la loi, deux espèces de successions très-différentes : l'une, *ab intestat*, que la loi a réglée comme il lui a plu; l'autre, testamentaire, qu'elle a abandonnée à la volonté de ceux qu'elle a autorisés à en disposer; qu'ici, il s'agit de cette dernière espèce de succession, et que la volonté de l'homme y fait taire légalement celle de la loi;

» Attendu que, si la testatrice a été libre, comme on en convient, de distribuer ses biens selon sa fantaisie, elle a pu aussi, et à plus forte raison, les partager par des motifs qui lui ont paru de justice, entre tous les descendans de ceux dont ils lui étaient provenus; et qu'aucune loi politique, ni d'ordre public, ou de droit naturel ou civil, pas plus qu'aucune loi de morale, ne lui interdisaient de se déterminer par ce louable motif; que c'est même un des bienfaits particuliers de la faculté de tester, et qui n'a point échappé aux conseils du législateur; que, par là, on peut réparer, en certains cas, les injustices résultant d'une loi trop générale, ou d'une affection faussement présumée;

» Attendu, enfin, que Marie-Gilberte Rollet ne pouvait pas se montrer moins attachée à la loi ancienne, qu'elle l'a fait, en la contrariant presque en tout, ni mieux marquer son respect pour les lois nouvelles qu'en usant des facultés qu'elles lui accordaient, en déclarant qu'elle ne voulait le retour de ses biens à leur source qu'autant que cela dépendait d'elle, comme cela en dépendait en effet; en ne disposant que de ce que la loi lui permettait de donner à l'époque de son testament, et du reste seulement quand une loi nouvelle le lui a permis; en ne donnant rien à des personnes prohibées, et n'attachant à ses libéralités aucune condition défendue; que toutes ses dispositions sont légitimes, puisque la loi les autorise, et que son testament est légal, puisqu'on n'en contredit pas la forme;

» La cour dit qu'il a été mal jugé par le jugement dont est appel, bien appelé; émendant, déboute la partie de Bayle (le sieur Mirlavaud) de ses demandes; ordonne que le testament sera exécuté suivant sa forme et teneur; faisant droit sur la demande en assistance de cause formée contre Mazuel, partie de Vazeille; attendu qu'il est donataire de Mirlavaud, intéressé, par conséquent, à la cause, et qu'il n'a pas plus de droit que son donateur, déclare l'arrêt commun avec lui...»

Les sieurs Mirlavaud et Mazuel se pourvoient en cassation contre cet arrêt.

« Trois moyens de cassation (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 19 juillet 1810), vous sont proposés dans cette affaire :

» Violation de l'art. 1390 du Code civil, portant que *les époux ne peuvent plus stipuler d'une manière générale, que leur association sera réglée par l'une des coutumes, lois ou statuts locaux qui régissaient ci-devant les diverses parties du territoire français, et qui sont abrogés par le présent Code;*

» Violation des art. 399, 895 et 965 du même Code, qui, en exigeant que le testateur fasse personnellement ses dispositions de dernière volonté, annoncent clairement l'intention de maintenir les lois romaines qui déclarent nulle toute disposition par laquelle un testateur confie à un tiers le choix de ses héritiers;

» Violation de l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12, qui abroge *les lois romaines, les ordonnances et les coutumes générales ou locales, dans les matières qui sont l'objet des lois composant le Code civil.*

» Sur ces trois moyens, il s'élève une question préalable qui leur est commune, et dont nous devons dire un mot : c'est de savoir s'ils ne doivent pas être écartés tous trois par la circonstance qu'il s'agit ici d'un testament d'une date antérieure au Code civil.

» L'affirmative serait incontestable, si ce testament n'était attaqué que dans sa forme extrinsèque; car il est de principe que la forme extrinsèque d'un testament ne dépend

Digitized by Google

que de la loi du temps, comme de la loi du lieu, où il a été fait; et vous l'avez ainsi jugé, le 1er brumaire an 13, au rapport de M. Sieyes et sur nos conclusions, en maintenant un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles qui avait déclaré valable un testament fait dans l'ancienne forme, le 28 nivôse an 9, par un particulier mort, le 19 prairial an 11, après la publication des articles du Code civil relatifs aux formalités des dispositions à cause de mort (1).

» Mais ce n'est point dans sa forme extrinsèque, ce n'est point pour un défaut de solennités, qu'est attaqué le Testament de la dame de Chazerat : il n'est attaqué que dans le fond de ses dispositions; et tout le monde sait qu'en ce qui concerne le fond des dispositions d'un Testament, on ne doit s'attacher qu'à la loi du temps où le testateur est décédé. C'est ainsi que, le 18 janvier 1808, la section civile a jugé, en rejetant le recours de Jean-Pierre Rayet contre un arrêt de la cour d'appel d'Agen, du 30 avril 1806, qu'un Testament fait en 1787, était nul, par cela seul qu'il renfermait une clause de substitution fidéicommissaire, prohibée par l'art. 896 du Code civil, à la publication duquel son auteur avait survécu (2).

» On ne peut donc pas douter que le Code civil ne doive être pris pour règle du fond des dispositions de la dame de Chazerat; et par conséquent, que, si le Code civil condamne la manière dont la dame de Chazerat a nommé ses légataires universels, les dispositions de la dame de Chazerat ne soient nulles à cet égard.

» Cela posé, entrons dans l'examen des trois moyens de cassation que les demandeurs vous proposent.

» Et d'abord, en jugeant que la dame de Chazerat avait pu nommer ses légataires universels, par la seule vocation de ceux de ses parens du côté de ses aïeul et aïeule paternels, et de son aïeule maternelle, *qui seraient en ordre de lui succéder, suivant les règles de la représentation à l'infini, telle qu'elle avait lieu dans la ci-devant coutume d'Auvergne*, la cour d'appel de Riom a-t-elle violé l'art. 1390 du Code?

» Elle l'aurait certainement violé, si cet article était applicable au Testament de la dame de Chazerat; mais elle a jugé qu'il ne l'était point, et elle s'est fondée sur trois motifs.

» Le premier, que l'art. 1390 du Code n'est relatif qu'aux contrats de mariage, et que les prohibitions ne s'étendent pas des actes exprimés à ceux qui ne le sont pas;

» Le second, que cet article, fût-il commun aux testamens, ne serait pas applicable à celui de la dame de Chazerat, parceque ce n'est pas *d'une manière générale*, mais seulement pour la détermination des règles de la représentation à l'infini, que la dame de Chazerat y a déclaré s'en rapporter à la ci-devant coutume d'Auvergne.

» Le troisième, que les termes par lesquels la dame de Chazerat s'en est rapportée à la ci-devant coutume d'Auvergne, ne forment dans son Testament qu'une clause surabondante.

» De ces motifs, le troisième s'applique également à tous les moyens de cassation des demandeurs; et nous croyons devoir, par cette raison, en renvoyer la discussion à la suite de celle du dernier de ces moyens.

» Quant aux deux autres, il en est un, et c'est le second, qui nous paraît dénué de tout fondement.

» En effet, l'art. 1390 du Code n'est pas seulement applicable à la clause d'un contrat de mariage par laquelle les futurs époux déclareraient adopter telle coutume pour règle de tous leurs droits respectifs, il l'est aussi à la clause par laquelle ils déclareraient adopter telle coutume pour règle de tel droit matrimonial spécialement désigné, par exemple, de la communauté ou du douaire; car, dans un cas comme dans l'autre, les futurs époux ne spécialiseraient pas eux-mêmes leurs conventions, ils les laisseraient dans un vague qui ne pourrait être fixé que par la coutume à laquelle ils se soumettraient; et, par conséquent, il y aurait, dans un cas comme dans l'autre, soumission *d'une manière générale* à la coutume.

» Si donc l'art. 1390 ne doit pas être restreint aux contrats de mariage, s'il est commun aux Testamens, nul doute qu'il ne soit violé par une disposition testamentaire qui, pour la détermination de l'ordre dans lequel doivent venir, et des parts que doivent prendre les légataires universels, renvoie à telle coutume, comme il le serait par une disposition par laquelle le testateur s'en rapporterait à cette coutume pour le réglement universel de sa succession; nul doute, par conséquent que, dans cette hypothèse, la cour d'appel de Riom n'ait erré dans son second motif.

» Mais cette hypothèse est-elle exacte, ou, en d'autres termes, l'art. 1390 est-il véritablement commun aux Testamens, ou, en

(1) *V.* ci-devant, §. 12.

(2) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Substitution fidéicommissaire*, sect. 1, §. 14, n° 2.

Digitized by Google

d'autres termes encore, la cour d'appel de Riom a-t-elle erré dans son premier motif comme dans le deuxième ?

» Sur cette question, il y a deux choses à considérer : l'esprit dans lequel a été rédigé l'art. 1390, et l'objet auquel sa rédaction l'applique.

» L'esprit de cet article paraît manifesté par le procès-verbal du conseil d'État.

» La section de législation, disait M. Tronchet, a voulu, en proposant cet article, *empêcher les notaires de continuer à insérer dans leurs actes une clause usitée dans les contrats de mariage, lorsque les parties voulaient établir leur communauté sur d'autres principes que sur ceux de la coutume de leur domicile : on exprimait alors qu'elles se mariaient suivant telle ou telle coutume. Cette clause serait nulle après la confection du Code civil : puisqu'il abroge toutes les coutumes, il n'est plus possible de les reconnaître; ou, si on leur conservait une sorte d'existence, le système bienfaisant de l'uniformité des lois serait dérangé.*

» *La proposition qu'on discute* (ajoutait M. Berlier), *n'implique nulle contradiction avec la faculté laissée aux époux de régler leurs conventions comme ils le veulent : cette faculté n'est point ici blessée* quant à la matière; *elle n'est restreinte que* quant à la forme. *Les époux stipuleront en détail toutes les conditions de leur union ; mais ils ne pourront, en termes généraux, se référer à telle ancienne loi ou à telle ancienne coutume : voilà ce que dit l'article, et ce qu'il devait dire, par respect pour le nouveau Code, et pour atteindre les bienfaits qu'il permet. Ne serait-ce pas, en effet, perpétuer l'existence des quatre cents et quelques lois ou coutumes qui régissaient la France, que de permettre de s'y référer pour les conventions à venir. Qui veut la fin, veut les moyens. Or, plus d'uniformité, plus de Code civil proprement dit, si l'on permet cette bizarre alliance....*

» *Le droit serait hérissé* (continuait M. Réal) *d'autant plus de difficultés, qu'il faudrait étudier à la fois, et le droit qui a existé et le droit qui existe...*

» *En employant ces clauses générales* (disait également M. Treilhard), *les notaires peu instruits ignorent le sens de ce qu'ils écrivent dans leurs actes ; ils ne peuvent, en conséquence, l'expliquer aux parties. Il est bon cependant que chacun sache positivement ce qu'il stipule. On doit craindre, d'un autre côté, que, dans certains pays, la routine ne fasse durer encore long-temps l'empire des coutumes. Il ne s'agit, au surplus, que d'empêcher les citoyens de les rappeler ; ce qui ne gêne la liberté de personne, puisque chacun conserve la faculté de faire passer, dans son contrat de mariage, les dispositions de la coutume qu'il prend pour règle, pourvu qu'il les énonce.*

» M. Berlier répétait la même chose dans son discours au corps législatif : *Le projet ne permet pas aux époux de stipuler désormais, d'une manière générale, que leur association sera réglée par l'une de coutumes, lois et statuts locaux qui régissaient ci-devant les diverses parties du territoire français, et qu'il abroge ; c'eût été les rejeter dans le dédale d'où il s'agit de les retirer, et élargir le gouffre que le Code civil doit fermer.*

» Voilà des motifs qui assurément s'adaptent tout aussi bien aux Testamens qu'aux contrats de mariage.

» Mais le texte de loi que ces motifs paraissent avoir dicté, comprend-il ceux-là comme ceux-ci dans sa disposition ?

» Nullement; ce texte est restreint aux contrats de mariage, et il y est restreint, non seulement par ses propres termes, mais encore par la rubrique sous laquelle il est placé. Dès-là, comment pourriez-vous annuler, comme violant ce texte, un arrêt qui a refusé de l'étendre aux Testamens ? L'art. 66 de la constitution du 22 frimaire an 8 ne vous autorise à casser les jugemens en dernier ressort, que pour *contravention expresse aux lois ;* et certes, il ne peut pas y avoir contravention expresse à l'art. 1390 du Code civil, là où l'on ne peut apercevoir qu'un refus de donner à cet article une latitude qu'il n'a pas par lui-même.

» Admettons que la cour d'appel de Riom eût pu, en s'étayant sur l'identité de raison, étendre cet article aux testamens; admettons même qu'elle eût pu justifier cette extension, en invoquant, non comme disposition législative, mais comme raison écrite, les lois 12 et 13, D. *de legibus*, qui disent : *non possunt omnes articuli sigillatim legibus aut senatusconsultis comprehendi ; sed cùm in aliquâ causâ sententia eorum manifesta est, is qui jurisdictioni præest, ad similia procedere atque ità jus dicere debet; nam, ut ait Pedius, quoties lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est cætera quæ tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certè jurisdictione supplere.*

» Eh bien! Dans cette hypothèse, l'arrêt qui vous est dénoncé, pourra-t-il être annulé sur l'unique fondement qu'il n'a pas fait une extension qu'il eût pu faire?

Digitized by Google

» Une question semblable a été agitée tout récemment à l'audience de la section civile.

» Les sieurs Pastoris demandaient la cassation d'un arrêt de la cour d'appel de Turin, du 11 juin 1808, qui avait déclaré légitime, à raison de la bonne foi de son père et de sa mère, l'enfant né à l'ombre d'un second mariage que Thérèse Bellone avait contracté dans la Ligurie en 1799, du vivant de son premier mari, avec Henri Pastoris. Pour établir que ni Henri Pastoris, ni Thérèse Bellone, ne pouvaient être censés avoir contracté ce mariage de bonne foi, ils alléguaient, et le fait n'était point dénié, ou plutôt il était avoué dans les termes les plus formels, que ce mariage n'avait pas été précédé des bans prescrits par les lois ecclésiastiques; ils citaient la décrétale *Cùm inhibitio*, qui, en effet, décidait que les enfans nés d'un mariage contracté sans publications préalables, entre un homme et une femme parens au degré prohibé, ne devaient pas jouir des prérogatives de la légitimité, parceque le défaut de bans ne permettait pas de présumer que leurs père et mère eussent ignoré l'empêchement qui s'opposait à leur union; et ils ne manquaient pas d'observer que, quoique cette décrétale qui, en 1799, faisait loi en Ligurie comme en Piémont, ne parlât que de l'empêchement de parenté, elle n'en devait pas moins être étendue, par identité de raison, à tous les autres empêchemens, notamment à celui qui résultait de la non-dissolution d'un mariage précédemment contracté par l'une des parties; ils prouvaient même que telle était l'opinion d'une foule de canonistes.

» En portant la parole sur cette affaire, nous avons dit que, sans doute, la cour d'appel de Turin eût pu donner à la décrétale *Cùm inhibitio*, l'extension que les sieurs Pastoris l'accusaient de ne lui avoir pas donnée; qu'elle n'eût même fait, par là, que se conformer à la jurisprudence du sénat de Chambéry, attestée par le président Favre; mais que ne pas étendre une loi hors de ses termes précis, ce n'était pas la violer; et, qu'en conséquence, il y avait lieu de rejeter le recours en cassation des sieurs Pastoris.

» Par arrêt du 21 mai dernier, au rapport de M. Carnot, *attendu que les conciles n'ont pas prononcé la nullité des mariages pour simple défaut de publication de bans; que l'on peut seulement en induire, suivant les cas, qu'ils ont été clandestinement contractés; mais que, dans l'espèce, le vice de clandestinité ne pouvant être reproché au mariage dont il s'agit, il en résulte que le seul défaut de publication de bans n'a pu constituer Thérèse Bellone et Henri Pastoris en mauvaise foi; que, si la décrétale* Cùm inhibitio *a été plus loin, sur ce point, que les décrets des conciles, ce n'a été que par voie d'exception et pour le seul cas où les époux auraient été parens au degré prohibé; et que la cour d'appel, en s'en tenant à la lettre de cette loi d'exception*, SANS L'ÉTENDRE, PAR INDUCTION, *au cas d'existence du premier époux réputé mort*, N'EN A PU VIOLER OUVERTEMENT LES DISPOSITIONS...; *la cour rejette...*

» Dans cette espèce cependant les sieurs Pastoris avaient deux avantages qui manquent ici aux demandeurs.

» D'une part, les textes du droit romain qui autorisent les juges à étendre les lois à des cas non compris dans leurs dispositions, mais auxquels leurs motifs s'adaptent parfaitement, avaient, pour la cour d'appel de Turin, toute l'autorité de lois proprement dites, puisque le droit romain était la loi supplémentaire du Piémont et de la Ligurie, à l'époque de la célébration du mariage dont il était question.

» Ici, au contraire, ces textes n'avaient, pour la cour d'appel de Riom, que l'autorité de la raison écrite.

» D'un autre côté, nulle différence, quant au motif qui avait déterminé la disposition de la décrétale *Cùm inhibitio*, entre le cas où les époux étaient parens au degré prohibé, et le cas où l'un d'eux était engagé dans les liens d'un mariage non encore dissous. Il y avait même, pour appliquer cette disposition au second cas, une raison bien plus puissante que celle qui l'avait provoquée pour le second; car il importe bien plus à l'ordre public de prévenir les bigamies, que les mariages entre parens à certains degrés. On pouvait donc argumenter *à fortiori* du cas sur lequel portait la décrétale *Cùm inhibitio*, à celui qui était l'objet de l'arrêt dont il s'agit.

» Ici, au contraire, bien qu'on puisse dire des testamens comme des contrats de mariage, que, si l'on y tolérait l'usage de ne disposer ou de ne traiter que par des renvois à telles coutumes abrogées par le Code civil, ces coutumes survivraient, en quelque sorte, à leur abrogation; et que les citoyens, les jurisconsultes, les magistrats seraient obligés de les étudier encore, comme si elles avaient conservé toute leur autorité; il n'en est pas moins vrai que, relativement aux motifs de la disposition de l'art. 1390, il existe entre les contrats de mariage et les testamens, deux différences très-sensibles.

» D'abord, avant le Code civil, il était extrêmement rare que des testateurs se réfé-

Digitized by Google

rassent, pour le choix de leurs héritiers ou légataires universels, à des coutumes qui, ou étaient abrogées, ou leur étaient étrangères. Il faut même sortir de l'ancien territoire français pour en trouver des exemples autres que celui de la dame de Chazerat; car les seuls, absolument les seuls auteurs qui en parlent, sont Grotius et Voët, tous deux hollandais, le premier dans sa *Manuductio ad jurisprudentiam Hollandiæ*, liv. 2, chap. 29; le second, sur le digeste, titre *de heredibus instituendis*, n° 15.

» Et au contraire, rien n'était alors plus fréquent que de voir des époux adopter, pour règle de leur association, des coutumes qui n'étaient, ni celles de leur domicile, ni celles de la situation de leurs biens.

» Est-il étonnant, d'après cela, que le législateur ait restreint aux contrats de mariage la disposition de l'art. 1390 du Code? Il l'a restreinte à ces contrats, parceque ces contrats étaient les seuls actes où il était à craindre que l'usage de ce genre d'adoption ne se perpétuât. Il ne l'a pas rendue commune aux testamens, parcequ'il n'y a pas vu le même sujet de crainte, parcequ'il a pensé que, si quelque testateur venait un jour à se singulariser en adoptant, pour le choix de ses légataires universels, une des coutumes abrogées du territoire français, ce serait une bizarrerie sans conséquence, un phénomène qui ne méritait pas qu'une loi expresse lui fît l'honneur de le proscrire par anticipation; en un mot, parcequ'il a dit, avec les lois 4 et 6, D. *de legibus : Ex his quæ fortè uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur..... quod enim semel aut bis existit, prætereunt legislatores.*

» Ensuite, le motif énoncé dans le procès-verbal du conseil d'Etat, par ceux qui ont parlé sur l'art. 1390, est-il bien le seul qui a déterminé, soit la majorité du conseil, soit la majorité du tribunat, soit la majorité du corps législatif, à voter pour cet article?

» Nous pouvons en douter d'autant plus raisonnablement, qu'il se présentait, pour réunir tous les suffrages en faveur de cet article, une raison bien plus grave, bien plus décisive, que le motif mis en avant dans le procès-verbal du conseil d'État.

» En effet, il est de la plus haute importance que les conventions matrimoniales soient rédigées de manière que tous ceux avec qui l'un ou l'autre époux peut être dans le cas de traiter, connaissent, d'une manière certaine et positive, les modifications qu'elles ont faites à la loi qui, à défaut de stipulations particulières, règle l'association conjugale. Et comment auraient-ils pu acquérir cette connaissance? Comment surtout auraient-ils pu être assurés de l'avoir acquise, s'il n'avaient pu la puiser que dans des coutumes, dans des statuts locaux, abrogés et par conséquent tombés dans l'oubli? Qui d'eux n'aurait tremblé de voir un jour sortir de ces statuts, de ces coutumes, des prohibitions, des incapacités, des empêchemens, qui eussent vicié ou neutralisé les contrats qu'ils auraient pu faire avec l'un des époux? Et n'est-il pas évident que, par là, on eût exposé chacun des époux au danger de ne trouver personne qui eût voulu contracter avec lui? Le même inconvénient n'était point à craindre dans les dispositions testamentaires; car de deux choses l'une : ou la coutume à laquelle un testateur se réfère, est parfaitement connue, ou elle ne l'est pas. Au premier cas, sa disposition sera exécutée; au second, elle sera sans effet, d'après cette maxime du droit romain, ou plutôt de la raison universelle : *quæ in testamento scripta essent neque intelligeretur quid significarent, ea perindè sunt atque si scripta non essent.* (Loi 2, D. *de his quæ pro non scriptis habentur*).

» Que devient, après cela, le grand argument sur lequel les demandeurs fondent principalement leur système d'extension de l'art. 1390 aux testamens? Les contrats de mariage, disent-ils, sont, par leur nature, susceptibles de toutes les clauses qui ne blessent ni les lois prohibitives ni les mœurs. Ils sont par conséquent bien plus favorables que les dispositions testamentaires. Si donc on ne peut pas, dans un contrat de mariage, se référer à une coutume abrogée, combien moins le peut-on dans un testament? Si donc la loi l'a prohibé pour l'un, à combien plus forte raison est-elle censée l'avoir prohibé pour l'autre?

» Trois vices essentiels dans cet argument.

» 1° Il n'est pas vrai que les époux aient plus de liberté dans les contrats de mariage, que les testateurs n'en ont dans leurs dispositions à cause de mort. Si les époux peuvent, par les uns, faire toutes les stipulations qui ne contrarient pas les lois prohibitives ni ne blessent les mœurs, les testateurs peuvent également, par les autres, faire toutes les dispositions qui n'offensent pas les mœurs et ne heurtent pas des lois prohibitives. Les contrats de mariage et les testamens sont donc, quant à la liberté des parties qui y figurent, des actes absolument parallèles. On ne peut donc pas argumenter *à fortiori* des contrats de mariage aux testamens.

» 2° L'argument *à fortiori* n'est qu'un so-

Digitized by Google

phisme, toutes les fois qu'entre les deux objets qu'il tend à faire juger d'après la même règle, il se trouve une différence quelconque; et nous venons de voir qu'entre les contrats et les testamens, il existe, relativement à la question qui nous occupe, deux différences très-frappantes.

» 3° Ce n'est point par des argumens *à fortiori* que l'on peut trouver dans un arrêt une contravention à une loi qui ne prévoit pas précisément le cas sur lequel il statue; et c'est une vérité dont l'arrêt de la section civile du 21 mai dernier nous fournit à la fois la preuve et l'exemple, en rejetant le moyen de cassation que les sieurs Pastoris cherchaient à tirer de la décrétale *Cùm inhibitio*.

» Enfin, Messieurs, il est une grande maxime qui doit ici écarter toute idée d'extension de l'art. 1390 du Code civil aux testamens : c'est que les lois qui disposent en sens contraire aux principes du droit, ne peuvent jamais être tirées à conséquence, ni étendues hors de leurs termes précis : *quod verò contrà rationem juris introductum est, non est producendum ad consequentias.* (Loi 13, D. *de legibus.*)

» On ne peut douter, en effet, que la disposition de l'art. 1390 ne soit contraire aux principes du droit, et qu'en la décrétant, le législateur n'ait sacrifié les principes du droit à des considérations purement politiques. *Il est difficile*, disait M. l'archichancelier dans la discussion de cet article au conseil d'État, *de concilier cette disposition avec celle qui précède et qui laisse aux parties une liberté indéfinie dans leurs conventions matrimoniales, pourvu qu'elles ne blessent pas les mœurs.... Il ne doit y avoir de stipulations nulles que celles qui blessent les dispositions du Code civil.*

» Ces observations, il est vrai, n'ont pas empêché l'adoption de l'article qu'elles combattaient; mais elles n'en forment pas moins une preuve irrésistible que cet article, quelque sage qu'il soit, n'est pas en harmonie, même avec les principes généraux de la matière des contrats de mariage; et que, par une suite nécessaire, il ne peut pas être étendu au-delà de son objet.

» Le premier moyen de cassation des demandeurs ne peut donc, sous aucun rapport, être accueilli (1). Le deuxième est-il mieux fondé ?

» Sans doute, il n'est pas plus permis à un testateur, sous le Code civil, qu'il ne l'était sous l'empire des lois romaines, de confier à un tiers la désignation de ses héritiers ou légataires universels; et il faut, sous le Code civil, comme il le fallait sous l'empire des lois romaines, que le testateur fasse lui-même cette désignation.

» Mais est-ce à dire pour cela, que le testateur est obligé de désigner ses héritiers ou légataires par leurs noms individuels? A cette question, écoutons la réponse des lois romaines. *Si quis nomen heredis quidem non dixerit, sed indubitabili signo eum demonstraverit, quod penè nihil à nomine distat..., valet institutio* (Loi 9, § 9, D. *de heredibus instituendis*). *Nominatim alicui legetur ità,* Lucio Titio, *an per demonstrationem corporis, vel artificii, vel officii, vel necessitudinis, nihil interest.* (Loi 34, D. *de conditionibus et demonstrationibus*). Et pourquoi cela ? C'est, dit la loi 6, D. *de rebus creditis*, parceque la désignation certaine et l'expression du nom sont tellement identiques dans le droit, qu'elles peuvent s'employer indifféremment l'une pour l'autre : *Nil refert proprio nomine res appelletur, an digito ostendatur, an vocabulis quibusdam demonstretur; quatenùs mutuâ vice fungantur quæ tantumdem præstant.*

» Or, n'est-ce pas désigner clairement ses héritiers ou légataires universels, que de déférer sa succession à ceux qui devraient la recueillir *ab intestat*, d'après telle loi, telle coutume, tel statut? Nous avons déjà dit que Voët et Grotius regardent l'affirmative comme une vérité irréfragable; et en effet, voici les termes du premier : *sed* NEC DUBIUM *quin testator rectè testamento heredes instituat per relationem ad certum statutum, veluti instituendo eos quos* JUS SCABINICUM *vel quos* JUS ARSDOMICUM *aut loci alterius lex definit ab intestato successores, ut id colligi potest ex his quæ habet Hugo Grotius in manuductione ad jurisprudentiam Hollandiæ, lib.* 2, *cap.* 26 (1).

» Mais, disent les demandeurs, et c'est leur troisième moyen, la coutume d'Auvergne à

(1) *V.* la note suivante.

(1) Sans doute cette manière de désigner les héritiers ou légataires que le testateur entend appeler, suffit pour les faire bien connaître, au moins lorsque la loi ou coutume à laquelle il se réfère, est parfaitement connue; mais est-elle légale dans tous les cas, et équivaut-elle toujours à la vocation qui serait insérée dans le testament même?

Dans les conclusions que je retrace ici, j'ai présenté l'affirmative comme constante; mais pourquoi? Parcequ'au moment où je les rédigeais, je n'avais pas encore soumis au creuset d'un examen approfondi

Digitized by Google

laquelle la dame de Chazerat s'est référée dans le legs universel que contient son testament, est abrogée par l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12. La dame de Chazerat s'est donc mise, par la manière dont elle a exprimé son legs universel, en rebellion contre cet article. La cour d'appel de Riom a donc violé cet article, en déclarant valable le legs universel de la dame de Chazerat.

» Quoi donc! La dame de Chazerat n'aurait-elle pas pu, nonobstant l'abrogation de la coutume d'Auvergne, s'en approprier littéralement les dispositions, les transcrire dans son Testament, les adapter, et à ceux de ses parens qu'elle voulait gratifier, et aux biens dont elle voulait disposer en leur faveur? Les demandeurs sont forcés de convenir qu'elle en avait le pouvoir, et si elle l'eût fait, ajoutent-ils, nous respecterions sa volonté. Mais quelle différence y a-t-il entre ce qu'elle eût fait dans cette hypothèse, et ce qu'elle a fait réellement? Il n'y en a que dans l'expression : la dame de Chazerat a dit en termes très-brefs, ce qu'elle eût pu délayer dans plusieurs phrases; et assurément une disposition qui, développée dans un long assemblage de mots, serait valable, ne peut pas être nulle, parceque la testatrice l'a exprimée avec le plus de concision qu'il lui a été possible; assurément la loi du 30 venôse an 12, que cette disposition n'offenserait en aucune manière dans le premier cas, ne peut pas être blessée dans le second.

» En effet, dans un cas comme dans l'autre, ce n'est point la coutume d'Auvergne qui régit la succession de la dame de Chazerat. Dans un cas comme dans l'autre, cette succession n'est régie que par la volonté de la

---

la doctrine des nombreux auteurs qui, d'après des lois romaines mal comprises, faussement appliquées et étendues hors de leurs cas, enseignaient qu'on peut tester par relation à un acte non revêtu des formalités testamentaires : or, je crois avoir demontré depuis dans le supplément à la quatrième édition du *Répertoire de jurisprudence*, ainsi que dans la cinquième, au mot *Testament*, sect. 2, §. 1, art. 4, que cette doctrine n'était qu'une erreur. Je ne puis donc pas persister dans la conséquence pure et simple que j'en avais tirée dans mes conclusions, et il est de mon devoir de la modifier par une distinction entre le cas où le testateur se réfère à une loi encore existante, et le cas où il se réfère à une loi abrogée.

Dans le premier cas, la loi a, sur les biens du testateur, le même effet que si, par son testament même, il désignait nominativement les héritiers auxquels elle les destine. Il est donc tout simple qu'il puisse s'y référer et qu'il s'y réfère valablement, comme il pourrait se référer et qu'il se référerait valablement à un testament antérieur qu'il aurait revêtu de toutes les formalités nécessaires pour en assurer l'exécution.

Mais dans le second cas, la loi ou la coutume abrogée à laquelle il se réfère, ne peut certainement pas équipoller pour lui à un testament qu'il eût précédemment fait; comment donc pourrait-il en s'y référant, se dispenser de désigner lui-même les héritiers qu'elle lui donnerait, si elle existait encore? C'est comme si, après avoir fait un testament nul, il en faisait un second par lequel, en observant toutes les formalités nécessaires pour en assurer la validité intrinsèque; il se bornerait à dire qu'il institue, sans les désigner, soit nominativement, soit par des expressions équipollentes, mais faisant partie du même acte, les héritiers qu'il a institués par le premier.

Inutile d'objecter que la loi ou coutume à laquelle il se réfère, ne laisse pas, toute abrogée qu'elle est, de conserver son authenticité originaire, et que par conséquent il en résulte toujours des renseignemens suffisans pour faire connaître les héritiers que le testateur a voulu appeler à sa succession.

Cela serait bon, si toute espèce d'acte authentique suffisait pour changer l'ordre des successions *ab intestat*; mais il n'en est pas ainsi. L'acte même le plus authentique ne peut opérer cet effet, qu'autant qu'il est revêtu des formes testamentaires; et vouloir le lui attribuer lorsqu'il est dénué de ces formes, sous le prétexte que le testateur s'y est référé par un testament qui ne contient pas d'autres dispositions, c'est vouloir, au mépris de l'art. 893 du code civil, que l'on puisse tester autrement que *dans les formes ci-après*, c'est-à-dire, ou par des dispositions dictées à un officier public qui les écrit, ou par des dispositions que l'on écrit, que l'on date et que l'on signe de sa propre main, ou par des dispositions écrites n'importe par qui, mais revêtues d'un acte de suscription.

On voit par là que je me suis étrangement fourvoyé dans la discussion du premier moyen de cassation des héritiers de la dame de Chazerat, c'est-à-dire, de celui qu'ils tiraient de l'art. 1390 du code civil. En effet, de ce que cet article ne dispose que pour les contrats de mariage, il résulte bien qu'il est par lui-même inapplicable aux testamens; mais il n'en résulte pas que, si les testamens étaient, par leur nature, assujetis à la règle qu'il établit pour les contrats de mariage, il fût dans son intention de les en affranchir. Or, que les testamens soient, par leur nature, assujétis à cette règle, c'est la conséquence nécessaire du principe que l'on ne peut pas tester par relation à un acte non revêtu des formes testamentaires. J'aurais donc dû dire, au lieu de rejeter ce premier moyen de cassation, qu'il n'avait que le défaut d'être mal présenté; que sans doute l'art. 1390 ne suffisait pas pour le faire accueillir; mais qu'il n'en aurait pas moins dû être accueilli, s'il n'eut pas été neutralisé par les observations que j'avais à faire sur le troisième, parceque la règle établie par cet article sur les contrats de mariage, est, d'après la nature des choses, commune aux testamens.

Digitized by Google

dame de Chazerat elle-même. Dans un cas comme dans l'autre, la coutume d'Auvergne ne fait rien, c'est la volonté de la dame de Chazerat qui fait tout.

» Si la dame de Chazerat eût testé et fût morte dans un temps où la coutume d'Auvergne était encore dans toute sa vigueur, et que, par son Testament, elle eût déclaré instituer légataires universels ceux de ses parens à qui cette coutume déférait sa succession, à quel titre ses parens ainsi appelés, auraient-ils recueilli ses biens? Comme héritiers *ab intestat*, comme saisis par la coutume? Non : ils les auraient recueillis comme légataires universels, comme appelés par la testatrice. *Tales instituti* (dit Voët à l'endroit déjà cité, n° 18, en parlant du cas où le testateur institue pour héritiers ceux qui doivent lui succéder *ab intestat*), *tales instituti, non ex vi legis, sed ex testatoris voluntate succedunt.*

» Et l'on voudrait qu'il en fût autrement dans notre espèce! On voudrait que la coutume abrogée d'Auvergne régît une succession que ne régirait pas la coutume d'Auvergne encore subsistante! On voudrait que, d'après les dispositions de la dame de Chazerat, les légataires universels de la dame de Chazerat succédassent en vertu de la coutume abrogée d'Auvergne, tandis que, si cette coutume n'était pas abrogée, ils ne pourraient, d'après ces mêmes dispositions, succéder qu'en vertu de la volonté de la dame de Chazerat! C'est une véritable dérision.

» Est-ce plus sérieusement que les demandeurs opposent à l'arrêt de la cour d'appel, le principe écrit dans l'art. 6 du Code, qu'*on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs?* Est-ce plus sérieusement que l'on vient vous dire que les successions tiennent à l'ordre public, et que c'est attenter à l'ordre public que de créer *un ordre de succession contraire à la loi?*

» Autant vaudrait-il dire qu'il y a attentat à l'ordre public, toutes les fois qu'un testateur, usant du pouvoir que lui en donne la loi, dispose de ses biens en faveur d'autres personnes que celles qui y seraient appelées par la loi elle-même, à défaut de Testament.

» Car, encore une fois, ce n'est point de la coutume abrogée d'Auvergne, que les légataires universels de la dame de Chazerat tiennent leur vocation; ils ne la tiennent que de la volonté de la testatrice; et la testatrice, en se référant en peu de mots à la coutume d'Auvergne, ne l'a pas plus remise en vigueur comme loi, qu'elle ne l'eût fait en calquant, comme elle en avait incontestablement la faculté, ses dispositions personnelles sur les anciennes dispositions de cette coutume.

» Avant l'abrogation des coutumes, un testateur pouvait-il instituer légataires universels de ses meubles, ceux de ses parens qui auraient dû y succéder d'après une coutume autre que celle de son domicile? Pouvait-il instituer légataires universels de ses immeubles disponibles, ceux de ses parens qui auraient dû y succéder d'après une coutume autre que celle de leur situation? Oui, sans doute, il le pouvait : Voët et Grotius nous en donnent l'assurance, et les demandeurs eux-mêmes n'en disconviennent pas.

» Cependant on eût pu dire alors, comme le disent aujourd'hui les demandeurs, qu'en disposant ainsi, le testateur créait un ordre de succéder contraire à la loi qui devait régir sa succession; qu'ériger une coutume étrangère à sa personne et à ses biens, en loi régulatrice de sa succession, c'était faire ce qui n'appartenait qu'au législateur, étendre l'empire d'une coutume au-delà des limites de son territoire. Mais ces objections auraient disparu devant le principe, que ce n'était pas comme loi, que c'était uniquement comme disposition de l'homme, que la coutume étrangère à la personne et aux biens du testateur, aurait régi sa succession.

» Eh bien! La dame de Chazerat a-t-elle fait autre chose? Si ce n'est pas usurper le pouvoir du législateur, que de se référer à une loi existante, mais étrangère, comment pourrait-on être censé l'usurper en se référant à une loi abrogée? Une loi existante, mais étrangère, n'a pas plus de force par elle-même, que n'en a une loi qui n'existe pas; et de même qu'il n'est permis qu'au législateur de rappeler à la vie une loi qui n'existe plus, de même aussi au législateur seul est réservé le droit de rendre obligatoire dans un pays, une loi qui n'a été faite que pour un autre pays.

» La dame de Chazerat n'a donc pas plus violé, soit l'art. 6 du Code civil, soit l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12, en disposant par relation à la ci-devant coutume d'Auvergne, qu'un testateur mort il y a dix ans, n'eût violé, en disposant par relation à une coutume étrangère à son domicile et à ses biens, la maxime de droit public qui restreignait l'autorité de chaque coutume aux personnes domiciliées et aux biens situés dans son arrondissement.

» Et comment ne sent-on pas que, si l'art. 6 du Code civil, si la seule abrogation des

Digitized by Google

coutumes avaient suffi pour empêcher que l'homme ne se référât, dans ses dispositions, à des coutumes abrogées, il eût été inutile que l'art. 1390 le défendît spécialement aux futurs époux? Comment ne sent-on pas que de là naît, par la règle, *inclusio unius est exclusio alterius*, la conséquence que la chose est permise dans les Testamens?

» Écartons donc tous ces grands mots d'attentat à l'ordre public, de blasphème contre les lois nouvelles, que les demandeurs font sonner si haut et si mal à propos; et disons que, quand même la clause par laquelle la dame de Chazerat renvoie à la ci-devant coutume d'Auvergne le réglement de sa succession, serait absolument nécessaire pour l'exécution de sa volonté, cette clause n'offrirait rien d'illégal, rien qui ne fût la conséquence directe de la plcine liberté que le Code civil accorde à tous les testateurs auxquels il ne survit ni enfans ni ascendans (1).

» Mais il y a plus, ici se présente une considération qui doit faire rentrer dans le néant, non seulement le troisième moyen de cassation des demandeurs, mais encore le premier et le second : la cour d'appel a jugé que cette clause ne forme, dans le Testament de la dame de Chazerat, qu'une disposition surabondante, qu'elle y est inutile pour l'exécution de la volonté de la dame de Chazerat, que par conséquent elle ne peut pas nuire à l'exécution de cette volonté, que c'est le cas de la maxime, *utile non vitiatur per inutile.*

» Et qu'oppose-t-on à cette partie des motifs de l'arrêt de la cour d'appel? De grands détails, de longs raisonnemens qui tendent à établir que la cour d'appel s'est trompée, en interprétant ainsi le Testament de la dame de Chazerat.

» Supposons-le avec les demandeurs : en résultera-t-il que l'arrêt de la cour d'appel doit être cassé?

» Sur cette question, Messieurs, nous nous tairons pour laisser parler l'arrêt que vous avez rendu le 2 février 1808, au rapport de M. Vergès, et sections réunies sous la présidence de M. le grand-juge, ministre de la justice : *Considérant que la cour dont l'arrêt est attaqué, en décidant que la société contractée le 24 octobre 1800, entre Moke et Vankaneghem, était simplement en commandite, s'est déterminée d'après l'interprétation qu'elle a donnée aux clauses du contrat social et aux lettres circulaires écrites en exécution de ce contrat; que*, PAR CETTE INTERPRÉTATION, QUI ÉTAIT DANS SES ATTRIBUTIONS, CETTE COUR N'A VIOLÉ AUCUNE LOI; *la cour rejette le pourvoi des frères Lubert et fils* (1).

» Dans cette espèce, il était démontré, avec la plus grande évidence, que la cour de laquelle était émané l'arrêt dont il s'agissait, s'était trompée dans l'interprétation qu'elle avait donnée au contrat de société du 24 octobre 1800, et que ce contrat marquait, dans tous ses articles, l'intention des parties de former entre elles une société générale et en nom collectif; mais il a suffi qu'en donnant à ce contrat une interprétation qui choquait toutes les notions reçues en matière de société, elle n'eût violé aucune loi, pour vous déterminer à maintenir cet arrêt.

» Et comment pourriez-vous aujourd'hui juger autrement?

» C'est, dit-on, parceque les magistrats de la cour d'appel de Riom, *à qui le texte et l'esprit de leur ancienne coutume sont familiers, et qui, en conséquence, savent distinguer, parmi les parens de la dame de Chazerat, ceux qui seraient en ordre de lui succéder d'après la coutume indiquée par elle, ont supposé qu'on ne peut pas se méprendre sur les héritiers qu'elle a voulu se donner, et que ces héritiers, ainsi que leurs droits respectifs, doivent être considérés comme suffisamment désignés dans son Testament. En un mot* (continue-t-on), *c'est leur érudition coutumière, et non pas les expressions de la dame de Chazerat, qui les a induits à dire que cette prétendue désignation se trouve dans sa disposition, et qu'elle s'y trouve même indépendamment de l'indication de la coutume d'Auvergne. Au surplus, ils ont tracé les élémens apparens de leur détermination à cet égard; or, ces élémens se réfèrent, non à des points de fait, mais à des points de droit ou de coutume, sur lesquels les juges ont faussement raisonné.*

» Et à l'appui de cette assertion, les demandeurs entrent dans de forts longs développemens pour prouver, 1° que, *si, de la disposition de la dame de Chazerat, on retranche la partie où elle indique la coutume d'Auvergne comme explicative de sa volonté, on ne saura plus dans quelle acception elle aura employé le mot* estoc; *on ne saura plus s'il faut en chercher la signification dans la classe des coutumes de tronc commun, ou dans celle des coutumes souchères, ou dans celle des coutumes de côté et ligne*; 2° que, dans la même hypothèse, on ne sàura pas comment doit se régler la représentation à l'infini que la dame

(1) *V.* la note précédente.

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Société*, sect. 2, §. 3, art. 2, n° 2.

Digitized by Google

de Chazerat a établie entre ses parens ; que le mode de la représentation à l'infini n'était pas uniforme dans les coutumes qui l'admettaient; qu'ici, les descendans de l'acquéreur devaient être préférés à ceux qui n'étaient parens que de son côté et ligne, tandis que là, il en était autrement ; qu'ici la succession d'un défunt qui n'avait laissé que des neveux, devait se partager par souches, tandis que là elle devait se partager par têtes; qu'ici la représentation à l'infini pouvait se faire *per saltum*, en sorte que l'on pouvait remonter à son aïeul, lors même que la personne avec qui l'on concourait, n'avait besoin que de la représentation de son père, tandis que là on jugeait le contraire, etc.

» Mais en admettant tout cela, quelle conséquence peut-on en tirer ? Il n'y en a qu'une seule de raisonnable : c'est que la cour d'appel de Riom a mal à propos considéré les mots *représentation à l'infini en ligne collatérale*, comme présentant, par eux-mêmes, un sens clair, absolu et indépendant de la coutume d'Auvergne ; c'est que, pour trouver à ces mots un sens clair, absolu et indépendant de la coutume d'Auvergne, elle a mal à propos supposé que les ci-devant coutumes d'estoc et de représentation à l'infini étaient uniformes ; c'est, si l'on veut, que, pour arriver à l'interprétation qu'elle a donnée à ces mots, elle a fermé les yeux au texte de celles de ces coutumes qui, sur le sens du mot *estoc* et sur le mode de la représentation à l'infini, s'écartaient de la coutume d'Auvergne.

» Or, casseriez-vous l'arrêt de la cour d'appel de Riom, pour avoir, dans ses raisonnemens, supposé par erreur que des coutumes abrogées ne contenaient pas des dispositions qu'elles contenaient réellement ? Proposer cette question, c'est la résoudre pour la négative. Les dispositions des coutumes abrogées ne forment plus des points de droit ; elles ne sont plus que des faits, elles n'existent plus que comme monumens historiques de l'ancienne législation. Les cours supérieures peuvent donc les méconnaître, sans qu'on puisse, pour cela, les accuser d'avoir violé une loi quelconque ; et de même que vous ne pourriez pas casser un arrêt qui eût jugé que tel événement constaté par les chartes les plus authentiques qui n'auraient pas été mises sous les yeux des magistrats dont il serait l'ouvrage, n'est jamais arrivé ; vous ne pouvez pas davantage casser un arrêt qui a jugé que toutes les coutumes d'estoc entendaient uniformément le mot *estoc* même, et que toutes les coutumes de représentation à l'infini étaient d'accord sur le mode d'exercice de ce droit.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête des demandeurs, et de les condamner à l'amende de 150 francs ».

Par arrêt du 19 juillet 1810, au rapport de M. Aumont,

« Attendu que l'art. 1390 du Code civil est au liv. 3, tit. 5, *du contrat de mariage et des droits respectifs des époux* ; que c'est l'association des époux que cet article défend de régler d'*une manière générale*, par l'une des coutumes, lois ou statuts locaux qui régissaient ci-devant les diverses parties du territoire français, et qui sont abrogées ; que les dispositions du même Code, relatives aux Testamens, sont au liv. 3, tit. 2, chap. 5, art. 967 et suivans ; que la cour d'appel de Riom ne peut avoir violé l'art. 1390 du Code civil, en ne se croyant pas permis d'étendre aux Testamens une disposition de ce Code faite pour les contrats de mariage ;

» Attendu que Marie-Gilberte Rollet, veuve de Chazerat, n'a pas confié à un tiers le soin de choisir ses légataires et de régler la distribution de sa succession ; qu'elle les a désignés elle-même et d'une manière certaine ; qu'elle a déterminé de même la portion revenante à chacun d'eux dans ses biens, en appelant à les partager ceux de ses parens dans les trois branches de ses aïeul et aïeule paternels et de son aïeule maternelle, qui seraient en ordre de lui succéder suivant les règles de la représentation à l'infini, telle qu'elle avait lieu dans la ci-devant coutume d'Auvergne, pour être divisés entre les trois branches au marc la livre de ce qui lui est provenu de chacune desdites branches, et être subdivisés entre chacune d'elles suivant les mêmes règles de la représentation à l'infini ; qu'en confirmant un Testament dont, ainsi que l'observe la cour d'appel, les dispositions *témoignent fortement que la testatrice a eu une volonté propre, éclairée et déterminée*, cette cour ne peut avoir violé les art. 392, 895 et 965 du Code civil ;

» Attendu que le partage de la succession de Marie-Gilberte Rollet entre ses légataires, aura lieu suivant les principes de la coutume d'Auvergne, non par la force de cette coutume qui n'existe plus comme loi de l'empire, mais par la volonté de ladite Rollet qui, n'ayant ni ascendans ni descendans, maîtresse conséquemment de disposer à son gré de la totalité de ses biens, a pu les distribuer par Testament entre ceux de ses parens qu'elle a jugé à propos de choisir ; qu'ainsi, l'arrêt attaqué ne fait pas revivre une coutume abrogée, et ne contrevient ni à l'art. 6 du Code civil, ni à l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12 ;

Digitized by Google

» Attendu que la cour d'appel a jugé que la clause, *telle qu'elle avait lieu dans la ci-devant coutume d'Auvergne*, n'était, dans le Testament contentieux, qu'une clause surabondante; qu'il n'y avait pas, dans cet acte, une seule disposition qui ne pût être exécutée indépendamment de toute coutume quelconque, et par le seul fait de la volonté certaine et connue de la testatrice; qu'on ne peut voir là autre chose qu'une interprétation du Testament sur lequel cette cour était appelée à prononcer; que, quand elle aurait mal à propos supposé à ces expressions, *les règles de la représentation à l'infini*, un sens clair, absolu et indépendant de la coutume d'Auvergne, cette erreur ne serait la violation d'aucune loi;

» Attendu enfin qu'il serait superflu d'examiner s'il y a, dans l'arrêt de Riom, fausse application de l'art. 25, tit. 12, de la ci-devant coutume d'Auvergne, puisque cette fausse application fût-elle réelle, il ne peut résulter d'ouverture de cassation, ni de la violation, ni de la fausse application d'une coutume abrogée;

» Par ces motifs, la cour rejette le pourvoi des demandeurs..... ».

Cet arrêt paraît décider par son troisième motif, comme je l'avais soutenu mal à propos dans mes conclusions, que le Testament de la dame Chazerat aurait été également valable, lors même que la testatrice se fût référée purement et simplement à la coutume d'Auvergne, pour la désignation des héritiers qu'elle entendait instituer; et c'est ce qu'a encore jugé depuis un arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles, du 17 février 1822, rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Institution d'héritier*, sect. 4, nº IV².

Mais le contraire a été jugé depuis, et avec raison, dans l'espèce suivante :

Le 30 janvier 1816, le sieur Lanos, propriétaire, domicilié à Mamers, ci-devant province du Maine, fait un Testament olographe par lequel, après avoir légué à son épouse tous ses biens-meubles en propriété, et l'usufruit de tous ses biens immeubles, il s'exprime ainsi : « Quant à la propriété de mes » immeubles, je la donne et lègue à tous ceux » de mes parens qui, comme étant mes hé» ritiers, auraient eu droit d'y participer » avant les lois nouvelles, c'est-à-dire qu'ils » partageront mes immeubles suivant que le » disposait la ci-devant coutume du Maine ».

Après la mort du testateur, ceux de ses parens qui sont appelés par le Code civil à lui succéder, attaquent la disposition qu'il a faite de la propriété de ses immeubles par relation à la coutume du Maine.

Jugement contradictoire du tribunal de première instance qui, en effet, la déclare nulle,

« Attendu que, si notre législation actuelle a laissé à chacun une grande latitude sur l'emploi et la transmission de ses biens, elle a en même temps posé des règles, établi des lois d'ordre public à l'action desquelles on ne peut jamais se soustraire; que de ce nombre sont les lois qui règlent le mode légal de succéder : d'où il suit que toute dérogation à ce mode légal, doit, dans un Testament, être considérée comme non écrite, si elle contient une disposition contraire à l'ordre public;

» Attendu que le Testament du sieur Lanos, du 30 janvier 1816, contient la disposition suivante : *quant à la propriété de mes immeubles*, etc.;

» Attendu que, par une semblable locution, la coutume du Maine n'a point été rappelée par le testateur comme un exemple explicatif de sa volonté précédemment énoncée, mais comme la source unique où l'on puisse découvrir et apprécier cette même volonté, qui, sans l'application de la coutume, deviendrait insuffisamment expliquée et par cela même inintelligible; d'où il faut conclure que la disposition testamentaire est toute entière dans cette coutume, ce en quoi l'espèce à juger diffère de celle relative à la dame de Chazerat, sur laquelle la cour suprême a prononcé; qu'ainsi, le défunt a fait de cette même coutume, la loi testamentaire de sa famille; que, par là, il a non seulement modifié l'ordre actuel et légal de succéder (ce qui lui était permis), mais qu'il a de plus rappelé un statut proscrit comme contraire aux mœurs et aux besoins de la société, remis en vigueur des dispositions qui n'étaient plus et qui ne sauraient être appliquées sans contrevenir aux art. 6 et 900 du Code civil, à la loi du 30 ventôse an 12 et autres dispositions de lois antérieures qui ne permettent plus les distinctions qui naissent du sexe et de la primogéniture des héritiers, de l'origine et de la nature des biens;

» Qu'en vain alléguerait-on que la disposition du sieur Lanos n'offrant point, dans son exécution, des difficultés nombreuses et graves, elle doit être respectée; car on répondrait avec succès que ce n'est pas de la facilité que l'on trouverait à exécuter une disposition, que dépend sa sanction, puisque la cour de cassation n'a seulement pas permis que l'on recherchât le nom de l'héritier institué par un Testament nul dans sa forme; que cette cour s'est uniquement décidée par le motif qu'un acte qui n'était point, ne pou-

Digitized by Google

vait servir d'élément à la confection d'une disposition postérieure (1); d'où l'on doit aussi conclure qu'un statut *qui n'est plus*, ne peut servir de règle fondamentale au partage d'une succession actuelle; qu'en agir autrement, c'est régler celle-ci par un monument historique; que, si cette faculté était autorisée, il n'y aurait pas de raison pour rejeter la volonté d'un testateur bizarre qui invoquerait les lois de Lycurgue pour régler sa succession testamentaire ».

Appel à la cour royale d'Angers, de la part des parens du sieur Lanos qui auraient dû lui succéder d'après la coutume du Maine, si elle n'eût pas été abrogée.

Mais par arrêt du 21 juillet 1827,

« Attendu que, par l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12, toutes les anciennes coutumes sont abolies; que le motif de cette abolition a été de faire disparaître pour toujours une législation dont l'esprit n'était plus en harmonie avec les besoins de la société, et dont les dispositions trop nombreuses, trop divergentes, se trouvant en opposition les unes aux autres, donnaient lieu à une foule de contestations et de procès; que la volonté du législateur a été de remédier à ces inconvéniens, en substituant à ces anciennes coutumes les règles d'une seule et même législation;

» Attendu que la disposition qui abolit les coutumes, est essentiellement une mesure d'ordre public auquel l'art. 6 du Code civil défend de déroger; que cette disposition en a tous les caractères, puisqu'elle concerne la société en général et tous les particuliers dans les intérêts privés qu'ils ont à régler;

» Attendu que de la combinaison de l'art. 7 de la loi de ventôse et de l'art. 6 du Code civil, il résulte ce principe général qui domine toutes les matières régies par les lois actuelles, que, si le législateur s'est borné à en faire une application spéciale et formelle aux conventions matrimoniales dans l'art. 1390, c'est qu'il a pensé que la contravention à ce principe pourrait se présenter plus souvent et plus naturellement dans ces sortes de conventions par l'effet d'anciennes habitudes; mais ce principe d'ordre public n'en conserve pas moins toute sa force relativement aux autres espèces d'actes auxquels il peut s'appliquer, parceque les motifs sur lesquels il repose sont les mêmes pour tous, lorsqu'à leur égard la disposition de l'art. 7 n'a reçu ni restriction ni modification, celle consacrée par l'art. 6 du Code civil n'en étant pas susceptible;

» Attendu que, s'il était libre à chaque particulier de donner pour règle générale de l'exécution de sa volonté, les dispositions des anciennes coutumes, ce serait leur rendre, par là même, une existence et une force légale qu'elles n'ont plus; que ce serait anéantir le système et le bienfait de l'uniformité dans la législation; que ce serait associer celle qui existe à toutes celles qui ont été abolies; qu'en un mot, ce serait introduire le désordre et une confusion générale dans le réglement des intérêts et dans tout l'ensemble des lois;

» Attendu qu'on s'appuierait vainement sur l'art. 967, en ce qu'il permet à toute personne de disposer par Testament, soit sous le titre d'institution d'héritier, soit sous le titre de legs, soit sous toute autre dénomination propre à manifester sa volonté; car, dans cet article, le législateur n'a eu en vue que de donner le caractère de Testament à l'acte quelconque par lequel un testateur manifeste ses dernières volontés; quoiqu'il dise *toute personne*, il en a déjà réduit le nombre en posant les incapacités, et pareillement dans les articles suivans il restreint, quant aux formes, la latitude de pouvoir qu'il a attribuée au testateur; de sorte que la disposition générale de l'art. 967 se trouve expliquée et limitée par une foule de dispositions qui s'y rapportent; que, par conséquent, les termes généraux dans lesquels il est conçu, ne forment point obstacle à ce qu'une dénomination ou une forme qui seraient propres à manifester la volonté du testateur, mais qui seraient contraires à l'ordre public, ne fussent frappées par l'application de l'art. 6 du Code civil;

» Attendu que le sieur Lanos, dans son Testament, n'a point désigné par lui-même, et d'une manière positive et certaine, les légataires de la nue propriété de ses immeubles, et qu'il s'en est rapporté uniquement à la ci-devant coutume du Maine pour faire cette désignation; d'où il suit que les juges ne pourraient prononcer qu'en interprétant et appliquant les dispositions de cette coutume, et en leur attribuant une force légale et impérative que la loi leur refuse; qu'ainsi, le sieur Lanos a, en cela, violé l'art. 6 du Code civil, en contrevenant à la mesure d'ordre public consacrée par l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12;

(1) *V.* l'arrêt de la cour de cassation, du 21 novembre 1814, rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Testament*, sect. 2, §. 1, art. 4, n° 4.

Digitized by Google

» Par ces motifs, la cour dit qu'il a été bien jugé.... (1) ».

Cet arrêt est déféré à la cour de cassation, 1° comme violant les art. 916, 967, 1002 et 1134 du Code civil; 2° comme appliquant à faux l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12, l'art. 6 du Code civil, et l'art. 1390 du même Code.

Mais par arrêt du 23 décembre 1828, au rapport de M. Borel de Bretizel, et sur les conclusions de M. le procureur général Mourre,

« Sur le premier moyen que le demandeur fait résulter de la violation des art. 916, 967, 1102 et 1134 du Code civil;

» Attendu que les articles invoqués établissent la faculté de tester et l'obligation des tribunaux de faire valoir les testamens et les conventions; mais que cette faculté n'est pas illimitée, et que le devoir des juges est d'en faire respecter les limites légales;

» Attendu que l'arrêt attaqué, sans méconnaître la latitude attribuée aux dispositions de l'homme, s'appuie sur les articles restrictifs de ces dispositions, pour justifier la nullité qu'il a prononcée; que la difficulté s'est donc concentrée dans l'application des art. 6, 900 et 1390 du Code civil et de la loi du 30 ventôse an 12, qui est l'objet du 2e moyen;

» Sur ce deuxième moyen,

» Attendu que, s'il est vrai qu'une simple énonciation des lois anciennes abrogées, ne pourrait vicier un Testament, lorsque la volonté du testateur en reproduit la disposition, et en fait une application précise à des légataires déterminés, de manière que ces lois ne soient pas rappelées comme loi vivante de la succession, il est incontestable aussi qu'il y a violation de l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12 et de l'art. 6 du Code civil, dans la confirmation d'une disposition qui rappelle d'une maniere générale un statut local abrogé, pour règle de l'exécution de sa volonté, sans préciser avec spécialité cette volonté qui seule est la loi des parties; qu'ainsi, dans les cas de rappel des anciennes coutumes abolies, les tribunaux ont à déterminer si la disposition testamentaire renferme une désignation précise de l'héritier ou des héritiers testamentaires, désignation indépendante de toute application générale des règles d'une coutume locale abrogée;

» Attendu que, dans l'espèce, la cour royale d'Angers a reconnu, en fait, que le testateur, sans distinguer d'une manière précise les légataires de la nue propriété de ses immeubles, s'en est rapporté uniquement pour faire cette désignation, à la ci-devant coutume du Maine; qu'en annulant cette disposition qui faisait ainsi revivre une loi abolie, cette cour a fait une juste application de l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12 et de l'art. 6 du Code civil; que cette cour n'ayant pas invoqué l'art. 1390 du Code civil, n'a pu en faire une fausse application....;

» La cour (chambre des requêtes) rejette le pourvoi... (1) ».

En applaudissant à cet arrêt, je me permettrai d'observer qu'il serait peut-être rédigé avec plus de précision et de clarté si, au lieu de présenter les art. 6 et 900 du Code civil, ainsi que l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12, comme violés directement par le Testament du sieur Lanos, il disait simplement

Qu'à la vérité, le Testament du sieur Lanos ne violerait aucun de ces articles, si, en reproduisant les dispositions d'une ancienne loi relative au mode de succéder, il en faisait une application précise à des légataires qu'il désignerait, soit nominativement, soit par des expressions équipollentes et consignées dans son propre texte;

Qu'ainsi, l'abrogation de ces dispositions ne peut pas, par elle même, vicier le Testament qui les rappelle;

Mais qu'elle le vicie,

Parcequ'il rappelle ces dispositions d'une manière générale et sans désigner les légataires à qui le testateur entend en faire l'application;

Parcequ'en se référant ainsi, pour la substance de ses propres dispositions, à celles d'une loi abrogée, il fait la même chose que s'il se référait à un acte quelconque non revêtu des formes testamentaires;

Parceque vouloir qu'un pareil acte soit exécuté comme Testament, c'est violer ouvertement la loi qui établit ces formes, et fait dépendre de leur exacte observation, l'effet des dispositions de dernière volonté.

§. XVI. 1° *L'illisibilité de la date du jour d'un Testament olographe, emporte-t-elle la nullité de ce Testament?*

2° *Un Testament olographe est-il nul, lorsqu'il est constant qu'il est daté de deux jours l'un, mais incertain lequel de ces deux jours forme sa véritable date?*

3° *Un Testament olographe est-il nul,*

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 28, partie 2, page 97.

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 29, page 153.

Digitized by Google

par cela seul qu'il s'y trouve des mots surchargés?

4° *La preuve par témoins de la suppression d'un Testament après le décès du testateur, est-elle admissible?*

5° *Après la prononciation du jugement qui rejette la demande en nullité d'un Testament, les juges peuvent-ils interpeller l'héritier institué présent à l'audience, de s'expliquer sur l'effet qu'il entend donner à la promesse qu'il a faite verbalement à quelques-uns d'entre eux, de laisser, après sa mort, aux héritiers légitimes du testateur, les biens compris dans son institution?*

Voici une espèce dans laquelle j'ai traité ces cinq questions.

Le 9 vendémiaire an 14, meurt à Basseville, près Clamecy, lieu de sa demeure ordinaire, Rose Faulquier, épouse du sieur Hereau, demeurant à Paris.

Le lendemain, en l'absence du sieur Hereau, et de ses héritiers présomptifs, les scellés sont apposés dans sa maison de Clamecy, et dans celle de Basseville.

Le 12, le sieur Hereau, arrivé dès la veille à Clamecy, fait lever les scellés dans une chambre haute et dans un cabinet, avec description.

Le 19, il les fait lever dans toute la maison, sans appeler les héritiers présomptifs, quoique presque tous présens à Clamecy.

Le 20, les scellés sont également levés à Basseville, sans description et en l'absence des héritiers présomptifs.

Le 4 brumaire suivant, le sieur Lacan, avoué à Paris, présente au président du tribunal civil de l'arrondissement de Clamecy, un paquet cacheté, sur l'enveloppe duquel sont écrits de sa main ces mots: *Cette enveloppe renferme le Testament de madame Hereau, qui me l'a confié le* 10 *prairial an* 12.

L'enveloppe est ouverte, et il s'y trouve un Testament que le procès-verbal d'ouverture énonce être du *six thermidor an* 9, et par lequel la dame Hereau institue son mari légataire universel.

En décrivant l'état de cette pièce, le président y remarque trois surcharges, dont une porte sur le mot *six*.

Cette opération terminée, le Testament est déposé chez un notaire.

Les 7, 8 et 9 du même mois, les scellés sont réapposés, tant à Clamecy qu'à Basseville, à la requête des héritiers présomptifs.

Dans le procès-verbal de réapposition, des domestiques de la dame de Hereau déclarent avoir appris d'elle-même, qu'elle avait fait en dernier lieu un Testament par lequel son mari n'était légataire universel que de l'usufruit de ses biens.

Le 28, Cécile Faulquier, veuve Debazarnes, sœur de la dame Hereau, forme opposition à la levée des scellés.

Le 30, le sieur Hereau fait notifier aux héritiers présomptifs le Testament de thermidor an 9.

Le 1er frimaire suivant, la dame Debazarnes demande l'apport de la minute de ce Testament au greffe; le sieur Hereau s'y oppose.

Le 8 et le 16, le sieur Hereau cite les héritiers devant le tribunal de Clamecy, pour voir ordonner la levée des scellés.

Le 26 et le 30, la dame Debazarnes fait assigner le sieur Hereau devant le même tribunal, pour voir ordonner l'apport du Testament au greffe; et cela fait, voir déclarer cet acte nul, à défaut de date certaine, ou révoqué par un Testament postérieur dont elle offre de prouver l'existence.

Le 2 nivôse an 4, jugement qui déclare la dame Debazarnes non-recevable, quant à présent, dans ses demandes tendant à l'apport de la minute du Testament de thermidor an 9, à la nullité de cet acte et à la preuve de l'existence d'un second Testament; ordonne que les scellés seront levés sans inventaire ni description, hors la présence des héritiers, et que le Testament recevra son exécution provisoire.

Ce jugement est exécuté le 16 janvier, quant à la levée des scellés.

Le 23, la dame Debazarnes en appelle.

Le 31, elle reprend la poursuite de son assignation du 30 frimaire an 14, en nullité du Testament de thermidor an 9; et elle demande subsidiairement à prouver l'existence d'un second Testament que le sieur Hereau a détourné.

Le 4 février, jugement qui donne acte au sieur Hereau de son consentement à l'apport du Testament au greffe, acte à la dame Debazarnes de ce qu'elle n'entend pas faire vérifier l'écriture, mais attaquer le Testament pour vice de date; et en même temps ordonne l'apport de la minute au greffe, pour vérifier les surcharges.

Le 11 mars, jugement qui,

« Avant faire droit, tous moyens de nullité, fins de non recevoir, tous autres droits et moyens respectifs des parties réservés, permet à la dame Debazarnes de prouver, sauf la preuve contraire,

» 1° Qu'un Testament fait, écrit, daté et signé de la main de la dame Hereau, posté-

Digitized by Google

rieur à celui dont se prévaut son mari, a été vu et lu depuis le décès de la dame Hereau;

» 2° Que ce Testament est du mois de prairial an 12;

» 3° Qu'il contient des dispositions dérogatoires à celles exprimées dans le Testament dont excipe le sieur Hereau;

» 4° Que les dispositions du Testament de prairial an 12 sont que les propres de la dame Hereau doivent être rendus à ses héritiers; que l'usufruit des acquêts et conquêts seulement est légué au sieur Hereau; qu'il doit être payé à la demoiselle Ozon, lors de son établissement, une somme de 20,000 francs; que des gratifications sont accordées à plusieurs domestiques de la dame Hereau;

» 5° Que le dépositaire chargé de représenter ce Testament, après le décès de la dame Hereau, en a été empêché par le sieur Hereau, qui a conseillé de substituer le Testament ouvert le 5 brumaire an 14 (dont la dame Hereau avait ordonné la destruction, au cas qu'il existât encore après elle), à celui du mois de prairial, qui contenait ses dernières et véritables intentions ».

Le 27 du même mois, l'audition des témoins est commencée.

Le 28, le sieur Hereau rend plainte en subornation et en faux témoignage contre le gendre de la dame Debazarnes, et contre deux témoins non encore entendus. Un mandat d'amener est décerné contre ceux-ci : cependant ils déposent, et une ordonnance du directeur du jury rapporte le mandat d'amener décerné contre eux, *sauf les poursuites ultérieures, si besoin est, tant sur la réquisition du sieur Hereau, que pour la vindicte publique.*

La dame Debazarnes se pourvoit en prise à partie contre le directeur du jury. Sa demande est rejetée, faute de preuve que la plainte en faux témoignage donnée contre les deux témoins produits à sa requête, eût précédé leurs dépositions.

Le 22 avril 1806, la dame Debazarnes, argumentant du défaut de liberté des témoins, demande la nullité de l'enquête.

Le 6 mai, jugement définitif qui, sans avoir égard à la demande de la dame Debazarnes en nullité de l'enquête, ordonne l'exécution du *Testament du* 6 *thermidor an* 9, attendu que, d'une part, la date en est certaine, et que, de l'autre, la dame Debazarnes n'en a pas prouvé la révocation par un Testament postérieur.

La dame Debazarnes appelle de ce jugement et fait joindre cet appel à celui du jugement du 2 nivôse an 14.

De son côté, le sieur Hereau appelle incidemment du jugement du 11 mars 1806.

Le 25 décembre 1807, arrêt de la cour d'appel de Bourges, qui ordonne l'apport de la minute du Testament de thermidor an 9.

Le 11 janvier 1808, conclusions de la dame Debazarnes : elle demande

1° L'annullation du Testament de thermidor an 9, la liquidation et le partage de la succession *ab intestat* de la dame Hereau;

2° La réformation du jugement du 2 nivôse an 14, en ce qu'il a ordonné la levée des scellés;

3° La réformation de celui du 6 mai 1806, en ce qu'il n'a eu aucun égard à la preuve de l'existence d'un second Testament;

4° Subsidiairement que l'enquête à laquelle elle a fait procéder, soit déclarée nulle, et qu'il lui soit permis de prouver les faits consignés dans le jugement du 11 mars 1806, et supplétivement, que l'avoué Lacan, qui a déposé le premier Testament, a dit, de son propre mouvement, qu'il en existait un second qui serait exécuté; que le sieur Hereau a dit lui-même que la volonté de son épouse était que ses biens retournassent à sa famille; que la dame Hereau a dit à plusieurs personnes qu'elle avait fait, en l'an 12, un second Testament dont elle leur a rapporté les principales dispositions.

Le 20 du même mois, arrêt ainsi conçu :

« La cause présente les questions de savoir,

» 1° Si le Testament est nul à défaut d'approbation des surcharges;

» 2° Si la levée des scellés a dû être ordonnée sans description;

» 3° Si l'appel du jugement du 11 mars est recevable;

» 4° Si la preuve testimoniale de l'existence d'un second Testament a pu être ordonnée;

» 5° Si cette preuve a été faite;

» 6° Si les parties peuvent être admises à recommencer l'enquête, et à poser de nouveaux faits.

» Considérant, sur la première question, qu'à la vérité, la loi sur l'organisation du notariat déclare nuls les mots surchargés dans un acte; mais qu'ils conviendrait peut-être d'examiner si elle a voulu confondre les surcharges qui appartiennent à la substance de l'acte, avec celles qui, sans toucher à ses dispositions, ne sont qu'une incorrection échappée à une main peu exercée ou écrivant trop rapidement; que les premières vicient l'acte, puisque alors ses dispositions sont incertaines; mais que, dans les secondes, la volonté des contractans n'en est pas moins nettement ex-

Digitized by Google

primée; et que les surcharges reprochées au Testament de la dame Hereau, sont de cette dernière nature;

» Qu'au surplus, le notaire n'étant que simple rédacteur des conventions des parties, la loi a dû apporter la plus extrême attention, pour qu'il lui fût impossible de changer seul le vœu des contractans par une surcharge non approuvée; mais que ce motif est étranger à l'espèce;

» Qu'en effet, il s'agit d'un Testament olographe, dans lequel la pensée du testateur est écrite par lui-même;

» Qu'au fond, ces surcharges sont au nombre de trois, dont deux sur les mots *du* et *exécutée*, si légères, si peu importantes, que le retranchement des mots entiers ne changerait rien à l'acte; et qu'au surplus, on n'y a pas même insisté en plaidant;

» Que la troisième porte sur la lettre *S* du mot *six*, qui est la date de l'acte; que, suivant l'appelante, il y aurait eu *dix* au lieu de *six*; que, suivant l'intimé, la testatrice aurait d'abord fait le chiffre 6, puis transformé ce chiffre 6 en la lettre *S*, et ajouté les deux lettres qui terminent, afin que la date soit écrite en toutes lettres; mais qu'il importe peu qu'il y ait eu *six* ou *dix thermidor*, puisque, dans les deux cas, la date serait également certaine;

» Que la seule crainte serait qu'une main étrangère eût changé le mot, en sorte que la date n'appartînt plus au testateur; mais qu'un jugement du 4 février 1806 fait acte de la déclaration de la dame Debazarnes, qu'elle n'entend pas faire vérifier l'écriture et la signature du Testament; qu'ainsi, l'écriture étant avouée, la conséquence est que le mot *six* est de la main de la dame Hereau elle-même, et que la surcharge de la lettre *S* devient indifférente;

» Considérant, sur la seconde question, qu'à la vérité, le légataire universel avait été envoyé en possession des biens compris dans le legs, mais que cette mesure est toujours sous la réserve du droit d'autrui et n'empêche pas la critique du Testament;

» Que, dans l'espèce, il avait été articulé qu'il y avait eu un Testament nouveau révocatoire du premier; qu'à la vérité, on n'avait pas encore dit qu'il pût être sous les scellés; mais que le devoir des juges était de mettre en usage tous les moyens d'arriver à la vérité, et par conséquent de vérifier si les papiers de la dame Hereau ne découvriraient rien à cet égard;

» Considérant, sur la troisième question, qu'aux termes de droit, l'appel incident est permis dans le cours de la procédure;

» Considérant, sur la quatrième question, que le respect dû aux dernières volontés des morts, commande le maintien de leurs dispositions; et que la faculté de tester, la seule consolation qui reste aux mourans, deviendrait illusoire, si l'on admettait trop légèrement la preuve par témoins de l'existence d'un nouveau Testament ou de la révocation du premier;

» Qu'à la vérité, il peut se trouver des circonstances telles qu'elles permettent d'appeler ce genre de preuve; mais que, la loi ne prescrivant rien à cet égard, c'est à la prudence des juges à peser la gravité des circonstances;

» Que, suivant Ricard, il suffirait d'articuler la date du Testament, ses dispositions, qu'il a été vu et lu après le décès du testateur, et qu'enfin il a été supprimé par le fait de l'héritier; mais que ces assertions reposent toutes entières sur la déclaration des témoins; qu'on peut en trouver auxquels on fera dire ce qu'on voudra; et qu'ainsi, la preuve de ces faits, quelque graves qu'ils soient, présente toujours les mêmes craintes;

» Que le législateur a connu tout le danger de la preuve testimoniale, et qu'il l'a restreinte aux objets du plus modique intérêt, et ne l'a permise dans les circonstances plus importantes, que quand il existe un commencement de preuve par écrit; qu'ainsi, en suivant son esprit, il faut à la justice une sorte de garantie de la vérité des dépositions, et qu'elle ne peut la trouver que dans les faits ou les écrits existans par eux-mêmes et indépendans des témoins; et que, dans la cause présente, on n'en trouve aucun de cette espèce;

» Qu'en vain on allègue l'amitié de la dame Hereau pour ses sœurs, puisqu'en suivant l'ordre des affections, elle a dû aimer encore plus son mari;

» Qu'il en est de même de tout ce qu'on a dit sur ses chagrins domestiques, puisqu'on n'en a prouvé aucun, et que les lettres de la dame Hereau donnent une idée contraire;

» Que le seul fait de la cause qui pût faire quelque impression, sous ce rapport, est la levée sans description des premiers et seconds scellés;

» Qu'à l'égard des premiers, elle se justifie, en considérant que ce n'étaient pas les parens qui avaient requis l'apposition des scellés, mais qu'elle avait eu lieu d'office et à cause de l'absence du sieur Hereau; qu'aucun d'eux ne s'est opposé à leur levée; qu'enfin, depuis

Digitized by Google

le 19 vendémiaire, jour de cette levée, jusqu'au 6 brumaire qu'ils ont été réapposés, tous les parens sont restés tranquilles; que, de l'aveu des parties, ils se visitaient et mangeaient ensemble, ce qui écarte toute idée de soupçons;

» Qu'à l'égard des seconds scellés, ils ont été levés par autorité de justice; qu'ils ne l'ont été que vingt-quatre jours après le jugement qui l'ordonnait; que les parens ne se sont pas pourvus dans l'intervalle; et que, quelle qu'ait été l'erreur des premiers juges à cet égard, la lenteur avec laquelle leur jugement a été exécuté, induit à penser qu'il n'y avait rien sous les scellés qu'il fût important de soustraire à la visite;

» Qu'ainsi, n'y ayant aucun écrit, aucun fait, aucune circonstance existans par eux-mêmes, et sans le secours de la preuve testimoniale, qui annoncent l'existence d'un second Testament, le devoir des juges était de suivre l'esprit de la loi qui, dans les matières graves, rejette ce genre de preuve, plutôt que de s'exposer à ses dangers;

» Considérant, sur la cinquième question, qu'il serait inutile d'examiner le mérite de l'enquête qui a été faite, et les conclusions prises à fin de la recommencer; mais que la conscience des juges, en décidant par des moyens de droit, aime encore à se rassurer par l'évidence des faits;

» Qu'il était principalement question de prouver que le second Testament avait été vu et lu depuis le décès de la dame Hereau, puis supprimé par M. Hereau lui-même ou à ses instigations; et que, de treize témoins entendus, onze ne disent rien sur ces deux faits; mais que seulement quelques-uns parlent des dispositions annonoées par la dame Hereau en faveur de sa famille;

» Que les deux autres, les sieurs A... et D..., sont les seuls qui semblent avoir cherché à établir ces deux faits; mais que, d'un côté, ils parlent de lettres du sieur Hereau et non du Testament de sa femme; et que, de l'autre, il règne une telle invraisemblance dans leurs récits, qu'il est impossible de se défendre des soupçons les plus graves;

» Qu'ainsi, l'enquête ne dit rien, ne donne aucune connaissance sur les deux faits principaux de l'appointement;

» Considérant, sur la sixième question, qu'en recommençant l'enquête, il faudrait, on entendre de nouveau les mêmes témoins, et les exposer à se contredire, en annonçant des faits nouveaux, après avoir déclaré qu'ils ne savaient rien de plus que ce qu'ils ont dit; ou bien admettre d'autres témoins, et s'exposer ainsi au danger de laisser aux parties un temps indéfini pour se procurer des témoins, au lieu de les restreindre dans le délai fixé par la loi;

» Qu'il est impossible d'adopter de pareilles mesures, et que la règle devant interdire des enquêtes dans une affaire de cette nature, il faudrait, à bien plus forte raison, rejeter une enquête nouvelle qui ajouterait de nouveaux dangers à tous ceux auxquels une mesure de ce genre est sujette;

» Considérant, sur la septième et dernière question, que l'appelant réussit sur l'appel des jugemens des 2 nivôse et 11 mars 1806;

» La cour a mis les jugemens des 2 nivôse et 11 mars 1806, au néant; dit au surplus qu'il a été bien jugé par celui du 6 mai suivant.

» M. le président adresse la parole à M. Hereau en ces termes: *Vous avez dit à plusieurs membres de la cour qu'il n'y avait jamais eu d'autre Testament que celui du 6 thermidor an 9; que, dès auparavant, vous en aviez fait un semblable au profit de votre épouse; mais que le don en propriété des biens qui étaient venus à chacun de vous de vos familles, avait eu principalement pour objet de prévenir les tracasseries auxquelles le survivant pourrait être exposé; mais que votre épouse et vous vous étiez promis verbalement de réduire ce don des propres au seul usufruit, et de les rendre, après la mort du survivant, aux héritiers du prédécédé; que vous l'aviez dit publiquement à Clamecy, et annoncé l'intention de les rendre aux héritiers de votre épouse, après votre décès; que, depuis, ayant été accusé d'avoir soustrait un second Testament, vous aviez déclaré qu'avant de prendre aucun engagement, vous exigiez un désistement formel de l'action, ne voulant pas que la promesse de rendre les propres pût être considérée comme une composition honteuse et le prix d'un silence que vous aurjez acheté. Maintenant que l'arrêt qui vient d'être prononcé, a écarté l'accusation portée contre vous, que votre honneur se trouve pleinement justifié, et qu'ainsi, vous n'aurez plus à craindre les soupçons qu'on pourrait jeter sur la conduite que vous vous proposiez de tenir, la cour me charge de vous demander quel sera l'effet de la promesse verbale faite à votre épouse, de remettre ses propres à ses héritiers après votre décès.*

» Lequel sieur Hereau a répondu que son épouse et lui, en se donnant tous deux leurs biens par Testament, étaient convenus que le survivant serait libre de rendre, après son décès, les propres du prédécédé à ses parens;

Digitized by Google

que son intention a toujours été d'en jouir seulement pendant sa vie, comme étant le cadeau de l'amitié, et de les rendre après son décès, aux héritiers de son épouse; que, lors de l'ouverture du Testament, il l'a dit à plusieurs personnes de Clamecy; et que, malgré le procès injuste qu'un des parens lui a suscité, ses dispositions, à cet égard, sont toujours les mêmes, et qu'elles ne changeront pas.

» De laquelle déclaration la cour a fait acte, et ordonné qu'elle serait portée à la suite du présent arrêt ».

La dame Debazarnes et le sieur Hereau se pourvoient respectivement en cassation contre cet arrêt.

« Les moyens de cassation que vous propose la dame Debazarnes (ai-je dit à l'audience de la section civile, le 11 juin 1810), peuvent se réduire à ces trois propositions :

» Dans la forme, la cour d'appel de Bourges, en admettant le sieur Hereau à sa délibération, *en faisant ses conditions avec lui*, en modelant son arrêt sur ces conditions, a violé les lois constitutives de l'essence des jugemens.

» Au fond, en refusant à la demanderesse la permission de prouver par témoins l'existence et la suppression d'un Testament postérieur à celui de thermidor an 9, elle a faussement appliqué l'art. 1341 et violé l'art. 1348 du Code civil.

» Au fond encore, en déclarant valable le Testament de thermidor an 9, elle a contrevenu tant aux art. 20, 38 et 47 de l'ordonnance de 1735, qui déclarent nuls les testamens non datés, qu'aux lois romaines et à l'art. 16 de la loi du 25 ventôse an 11, qui veulent que, dans toute espèce d'actes, et spécialement dans les dispositions à cause de mort, les mots surchargés soient considérés comme non écrits.

» La première de ces propositions serait incontestable *en droit*, si elle était prouvée *en fait*.

» Mais comment la dame Debazarnes prouve-t-elle que la cour d'appel de Bourges a, en effet, admis le sieur Hereau à sa délibération, qu'elle l'a entendu dans la chambre du conseil, qu'elle a fait ses conditions avec lui, et que l'arrêt qu'elle a ensuite rédigé, n'est que le résultat de ces conditions? Par le discours que le président a adressé au sieur Hereau lui-même, immédiatement après la prononciation de l'arrêt; et ce discours, loin de prouver le fait allégué par la demanderesse, nous paraît le détruire complètement : *vous avez dit à plusieurs membres de la cour qu'il n'y avait jamais eu d'autre Testament que celui du* 6 *thermidor an* 9, etc. Ces mots, *à plusieurs membres de la cour*, annoncent clairement qu'il n'y avait point eu de conférence entre les magistrats réunis en corps et formant la cour d'appel de Bourges, d'une part, et le sieur Hereau, de l'autre; ils annoncent clairement que le sieur Hereau n'avait eu qu'avec plus ou moins de membres individuels de cette cour, mais isolés, mais séparés de cette cour elle-même, les entretiens dans lesquels avaient eu lieu les assertions et les promesses que le président lui rappelle.

» Inutile d'objecter que, dans cette supposition, le président n'aurait pu rappeler les assertions et les promesses du sieur Hereau, que sur la foi des juges qui les avaient entendues; et qu'alors, il n'aurait pas pu en parler au nom collectif de la cour, comme si la cour en eût eu collectivement l'oreille frappée.

» L'observation est juste; mais quelle en est la conséquence? C'est que la cour d'appel de Bourges n'aurait pas dû charger son président de rappeler au sieur Hereau des assertions et des promesses dont elle n'était informée que par la confidence que lui en avaient faite quelques-uns de ses membres; c'est qu'en chargeant son président de les lui rappeler, elle a fait une chose très-irrégulière, mais qui ne porte aucun préjudice à la dame Debazarnes, et dont la dame Debazarnes est par conséquent non-recevable à se plaindre.

» La deuxième proposition de la dame Debazarnes n'est pas mieux fondée que la première.

» D'un côté, la cour d'appel de Bourges n'a pas jugé que la preuve par témoins de l'existence et de la suppression d'un Testament, fût inadmissible dans tous les cas où il n'en était pas rapporté un commencement de preuve par écrit : elle a seulement jugé que cette preuve ne doit être admise qu'avec beaucoup de précautions, et lorsque des circonstances graves la provoquent; et assurément, elle n'a fait en cela rien qui contrarie l'art. 1348 du Code civil.

» Sans doute, de ce que, comme le dit cet article, la loi prohibitive de la preuve par témoins en toute matière au-dessus de 150 francs, *reçoit exception, toutes les fois*..... qu'il s'agit *de délits ou quasi-délits*, il s'ensuit bien que les juges *peuvent* admettre la preuve par témoins de la suppression d'un Testament; mais qu'ils le *doivent* dans tous les cas, mais que, dans tous les cas, ils y soient tenus à peine de cassation, c'est ce que le

Digitized by Google

Code civil ne dit pas, c'est ce qu'il n'aurait pas pu dire sans ouvrir la porte aux plus grands abus.

» D'un autre côté, la cour d'appel de Bourges a trouvé dans les circonstances qui avaient précédé et suivi l'apposition et la levée des scellés après la mort de la dame Hereau, des présomptions de la non-existence du Testament que la dame Debazarnes prétendait avoir été supprimé; et ce n'est pas à nous à examiner si ces circonstances justifient les inductions qu'elle en a tirées : les inductions qu'elle en a tirées, pourraient, sous le rapport du bien ou mal jugé, donner lieu, devant un tribunal de révision, à une très-ample controverse; mais devant la cour de cassation, la critique n'en est pas même permise.

» Enfin, la cour d'appel de Bourges a été plus loin : elle a discuté l'enquête à laquelle la dame Debazarnes avait fait procéder en exécution de l'appointement à faire preuve qu'elle avait obtenu en première instance : elle a trouvé, et que les faits constatés par cette enquête, étaient insignifians; et que ceux qui auraient pu établir l'existence et la suppression du Testament, l'enquête ne les constatait pas; et que les circonstances alléguées par la dame Debazarnes pour se faire autoriser à recommencer son enquête, n'étaient pas assez graves pour l'y autoriser en effet.

» A-t-elle, sur ces trois points, violé une loi quelconque? Non, certainement. A-t-elle mal jugé? Cela ne nous regarde pas.

» Reste la troisième proposition de la dame Debazarnes, celle qui consiste à dire qu'en déclarant valable le Testament de thermidor an 9, la cour d'appel de Bourges a violé, et les dispositions de l'ordonnance de 1735 qui déclarent nul tout Testament non daté, et les dispositions des lois romaines et de la loi du 25 ventôse an 11, qui veulent que les mots surchargés soient considérés comme non-écrits.

» Cette proposition offre à votre examen trois questions distinctes.

» En supposant que l'on doive s'en tenir au *considérant* de l'arrêt attaqué, dans lequel il est dit qu'il importe peu que la date du Testament soit du *six* ou du *dix* thermidor; en supposant que l'arrêt attaqué laisse indécis le point de savoir si c'est du *six* ou du *dix* thermidor que le Testament est daté, l'arrêt attaqué a-t-il pu, sans violer la loi, déclarer le Testament valable? C'est la première.

» Dans la réalité, l'arrêt attaqué laisse-t-il du doute sur la véritable date du Testament? Juge-t-il ou ne juge-t-il pas que le Testament a pour date, soit le *six*, soit le *dix* thermidor? C'est la seconde.

» Enfin, le Testament de la dame Hereau, de thermidor an 9, a-t-il dû être déclaré nul par cela seul qu'il contient des mots surchargés? C'est la troisième.

» La première question n'est susceptible d'aucune difficulté sérieuse.

» Que la date soit requise à peine de nullité dans les Testamens, et notamment dans les Testamens olographes, c'est ce qui ne peut pas faire la matière d'un problème, c'est ce que l'ordonnance de 1735 établit dans les termes les plus positifs, c'est ce que la cour d'appel de Bourges a reconnu de la manière la moins équivoque.

» Que l'action de dater un Testament olographe doive essentiellement consister dans la désignation de l'année, du mois, du jour où ce Testament est écrit, c'est encore une vérité incontestable, surtout depuis que l'art. 38 de l'ordonnance de 1735 a dit, sous la peine de nullité expressément prononcée par l'art. 47 de la même loi, que *tous Testamens contiendront la date des jour, mois et an, et ce encore qu'ils fussent olographes*.

» Que, par une suite nécessaire, *la disposition soit nulle* (pour nous servir des expressions de Furgole, *Traité des Testamens*, chap. 51, sect. 4, n° 18), *non-seulement si la date y est totalement omise ou laissée en blanc, mais encore si l'on a omis d'y marquer le jour, le mois ou l'année*, c'est ce qui est également marqué au coin de l'évidence; et *voilà pourquoi*, dit le même auteur, *il ne suffirait pas d'avoir marqué le jour et le mois, sans marquer l'année, ni d'avoir exprimé le jour et l'an, sans marquer le mois, ni enfin d'avoir marqué le mois et l'an*, SANS MARQUER LE JOUR.

» Si donc le testament olographe dont il s'agit, pèche, soit par l'omission de l'année, soit par celle du mois, soit par celle du jour où il a été fait, point de doute qu'il ne soit nul; point de doute qu'en le jugeant valable, la cour d'appel de Bourges n'ait violé l'ordonnance de 1735.

» Or, y trouve-t-on exprimés à la fois l'année, le mois et le jour de sa confection?

» L'année et le mois le sont très-nettement; mais le jour l'est-il de même?

» Que l'intention de la testatrice ait été d'y exprimer le jour, comme l'année et le mois, cela peut être; mais il ne s'agit pas ici de son intention, il s'agit du fait. Jamais l'intention de remplir une formalité, ne peut équipoller

Digitized by Google

à l'accomplissement de la formalité elle-même; et tout récemment encore, le 4 septembre 1809, la cour a cassé, sur notre réquisitoire et dans l'intérêt de la loi, un arrêt de la cour d'appel de Metz, du 20 août 1808, qui avait déclaré valable un exploit nul dans sa forme, sous le prétexte que la partie à la requête de laquelle il avait été signifié, avait suffisamment manifesté son intention de le revêtir des solennités prescrites par la loi.

» Examinons donc si, même en supposant à la testatrice l'intention d'exprimer dans son Testament le jour où elle l'a écrit, elle l'y a en effet exprimé.

» L'y aurait-elle en effet exprimé, si elle avait dit : *ainsi fait et testé le* 6 *ou le* 10 *thermidor an* 9? Non, assurément : par cela seul qu'elle aurait laissé à deviner si elle avait écrit son Testament le 6 thermidor an 9, ou si elle ne l'avait écrit que le 10 du même mois, le jour où elle l'avait écrit serait resté incertain; et la chose serait revenue au même que si la testatrice, en disant, *ainsi fait et testé en thermidor an* 9, se fût bornée à la désignation de l'année et du mois, sans indiquer aucun jour.

» Eh bien! Voilà précisément ce que, par le *considérant* qui nous occupe en ce moment, la cour d'appel de Bourges suppose avoir été fait par la testatrice. A la vérité, la testatrice n'a pas dit en toutes lettres dans son Testament, qu'elle l'avait écrit le *six ou le dix thermidor an* 9; mais elle y a dit l'équivalent : en faisant précéder les mots, *thermidor an* 9, d'un mot surchargé de manière qu'il est impossible de discerner si c'est le nombre *six* ou le nombre *dix* qu'il exprime, elle est nécessairement censée avoir dit : *Je ne veux pas que l'on sache si c'est le six ou le dix que j'ai testé; je veux que celui de ces deux jours où j'ai testé, demeure inconnu.*

» Et vainement la cour d'appel de Bourges allègue-t-elle, dans le *considérant* sur lequel nous raisonnons ici, *qu'il importe peu qu'il y ait* SIX OU DIX *thermidor*, puisque, *dans les deux cas, la date serait également certaine.*

» Sans contredit, la date serait certaine, s'il y avait, *six thermidor*. Sans contredit, s'il y avait *dix thermidor*, il n'y aurait aucune incertitude sur la date. Mais est-ce *six* ou *dix* qu'on doit lire? La cour d'appel suppose elle-même qu'on ne le sait pas et qu'on ne peut pas le savoir. Donc la date n'est pas certaine, donc le Testament doit être considéré comme dénué de date.

» Plus vainement la cour d'appel de Bourges objecte-t-elle qu'il n'est pas permis de supposer *qu'une main étrangère a changé le mot, en sorte que la date n'appartînt plus à la testatrice;* et que cette supposition est détruite à l'avance par le jugement du 4 février 1808, *qui fait acte de la déclaration de la dame Debazarnes qu'elle n'entend pas contester l'écriture et la signature du Testament.*

» Nous admettons avec la cour d'appel de Bourges, que c'est la testatrice elle-même qui a surchargé le mot dont il s'agit, et que c'est par son fait personnel que ce mot a été écrit de manière à ne laisser aucune prise à l'œil le plus exercé pour décider si ce mot figure un *six* ou s'il figure un *dix*.

» C'est précisément parceque cette surcharge est l'ouvrage de la dame Hereau, c'est précisément parceque la dame Hereau a ainsi écrit le mot dont il s'agit, que la dame Hereau doit être censée avoir dit qu'elle avait fait son Testament *le six ou le dix thermidor;* c'est précisément par cette raison, que la dame Hereau est censée n'avoir apposé à son Testament qu'une date incertaine; c'est précisément par cette raison, que la dame Hereau est censée n'avoir pas donné à son Testament la date du jour, comme elle lui a donné celle de l'année et du mois.

» Ce ne serait pas avec plus de fondement que l'on viendrait dire que la date n'est requise dans un testament, que pour garantir la capacité du testateur au moment où il l'a fait; que, dans notre espèce, la dame Hereau a été capable de tester pendant tout le cours du mois de thermidor an 9: qu'ainsi, il est fort indifférent qu'elle ait testé le 6 ou le 10 de ce mois.

» Oui, il est fort indifférent que la dame Hereau ait testé le 6 ou le 10 thermidor an 9; mais ce qui ne l'est pas, c'est que la dame Hereau ait exprimé dans son testament lequel de ces deux jours elle a effectivement testé.

» Si la dame Hereau n'avait marqué dans son testament, que le mois et l'année où elle l'avait fait, son testament serait-il nul? Nous avons déjà vu qu'il le serait indubitablement. On pourrait cependant dire aussi qu'elle a été capable de tester pendant tout le mois de thermidor an 9.

» Et comment une considération qui serait sans force dans cette hypothèse, pourrait-elle être de quelque poids dans l'espèce qui se présente réellement? Pourquoi d'ailleurs, outre la date de l'année, la loi exige-t-elle, à peine de nullité, celle du mois et du jour, alors même qu'il ne s'élève aucun doute sur la capacité du testateur pendant toute la durée de l'année dans le cours de laquelle il a testé?

Digitized by Google

Parceque ces formalités, quoique requises principalement pour garantir la capacité du testateur à l'époque où il a testé, n'en sont pas moins de rigueur dans le cas où la capacité du testateur, à cette époque, n'est pas contestée; parceque le testament gît tout en solennité; parcequ'ôtez d'un Testament les solennités qui le constituent, vous lui ôtez toute son existence; parceque les solennités sont, dans un Testament, la condition *sine quâ non* de la faculté que la loi accorde à l'homme de disposer de sa fortune pour un temps où il ne sera plus; parcequ'en frappant de la peine de nullité l'omission de ces solennités, la loi n'a pas distingué entre le cas où le but qu'elle a eu en les prescrivant, se trouverait rempli par des circonstances étrangères au Testament, et le cas où il ne le serait point; enfin, parceque, de même qu'un Testament public est nul, à défaut de mention expresse qu'il a été écrit par le notaire en présence duquel il a été fait, bien qu'il soit très-constant, bien qu'il soit reconnu par l'héritier *ab intestat*, que c'est cet officier qui l'a écrit, de même aussi un testament quelconque doit être nul à défaut d'énonciation claire et précise du jour où il a été fait, bien qu'on ne prétende pas que le testateur a pu être, ce jour-là même, incapable de tester.

» Disons donc qu'à s'en tenir au *considérant* dans lequel la cour d'appel de Bourges s'est efforcée d'établir que le testament est valable, même en admettant l'impossibilité de discerner si c'est du *six* ou du *dix* thermidor qu'il porte la date, l'arrêt de la cour d'appel de Bourges doit être cassé, comme enfreignant les art. 38 et 47 de l'ordonnance de 1735.

» Mais, et ici se présente notre deuxième question, l'arrêt de la cour d'appel de Bourges laisse-t-il indécis le point de savoir si c'est du 6 ou du 10 thermidor qu'est daté le testament de la dame Hereau?

» Sur cette question, deux choses sont à remarquer.

» D'abord, à la suite du *considérant* que nous venons de discuter, la cour d'appel de Bourges dit en propres termes, *que l'écriture étant avouée, la conséquence est que le mot* SIX *est de la main de la dame Hereau elle-même;* et c'est déjà une grande présomption que, dans le *considérant* qui précède cette phrase, la cour d'appel de Bourges n'a raisonné qu'hypothétiquement: c'est déjà une grande présomption que la cour d'appel de Bourges a en effet reconnu que le mot *six* formait la vraie date du Testament de la dame Hereau.

» Ensuite, par le dispositif de son arrêt, la cour d'appel de Bourges confirme le jugement du tribunal de première instance du 6 mai 1806; or, ce jugement, que décide-t-il par rapport à la date du Testament litigieux?

» Il décide nettement, et par ses motifs et par son dispositif, que ce testament est du *six* thermidor an 9.

» Il le décide par ses motifs; car il dit expressément que *les dates de l'autorisation* accordée par le sieur Hereau à son épouse pour tester, *et du testament, sont parfaitement indiquées; qu'elles ont une même fixité, et qu'elles se trouvent du même jour* SIX *thermidor an* 9.

» Il le décide par son dispositif; car il ordonne, *en ce qui touche le Testament dudit jour* SIX *thermidor an* 9, *qu'il sera suivi d'exécution, pour sortir son plein et entier effet, suivant sa forme et teneur.*

» Qu'oppose-t-on de la part de la dame Debazarnes, à cette double décision?

» On oppose, premièrement, que le dispositif du jugement du 6 mai 1806 ne fait qu'énoncer la date du Testament, et qu'il ne la juge pas.

» Mais il l'énonce d'après un débat qui roulait uniquement sur sa *fixité;* il l'énonce d'après un *considérant* qui établit qu'elle est véritablement du *six* thermidor; il l'énonce donc d'une manière qui ne permet pas de douter que son intention n'ait été de la juger; il la juge donc réellement par l'énonciation qu'il en contient.

» On oppose en second lieu, que, dans le *considérant* qui établit que la date est véritablement du *six* thermidor, les premiers juges n'arrivent à cette conséquence que par des raisonnemens dépourvus de logique.

» Mais qu'importe que les raisonnemens des premiers juges soient ou ne soient pas concluans en cette partie? Que les premiers juges aient bien ou mal raisonné, toujours est-il certain qu'ils ont reconnu, qu'ils ont décidé, en fait, que la date du testament *est parfaitement indiquée;* qu'elle a une *fixité* constante, *et qu'elle se trouve du* SIX *thermidor an* 9; et que faut-il de plus pour mettre à l'abri de la cassation l'arrêt qui confirme ce jugement?

» Maintenant, abordons notre troisième question. Le Testament de la dame Hereau a-t-il dû être déclaré nul, par cela seul qu'il contient des mots surchargés?

» Ici, la dame Debazarnes invoque la loi 1, D. *de his quæ in testamento delentur,* et l'art. 16 de la loi du 25 ventôse an 11.

» Mais 1° les lois romaines n'ont jamais eu

Digitized by Google

d'autorité législative dans le ci-devant Nivernais; elles n'y ont jamais été considérées que comme raison écrite. Il serait donc fort indifférent que, dans notre espèce, la cour d'appel de Bourges se fût écartée de la loi 1, D. *de his quæ in testamento delentur*.

» 2° Que dit cette loi? Trois choses: que les ratures, lorsqu'elles sont l'ouvrage du testateur, et que le testateur les a faites à dessein, *consultò*, neutralisent la disposition raturée; que, lorsque le testateur les a faites sans dessein, *inconsultò*, et que néanmoins il en résulte une illisibilité absolue de la disposition raturée, cette disposition est comme non-avenue; qu'enfin, les ratures faites inconsidérément par le testateur, et qui n'empêchent pas de lire la disposition raturée, ne portent aucune atteinte à cette disposition.

» Et que peut-on ici conclure de tout cela?

» D'abord, les surcharges qui se trouvent dans le Testament de la dame Hereau, sont-elles l'ouvrage de la dame Hereau elle-même? On doit le croire jusqu'à la preuve du contraire; et cette preuve, non-seulement la dame Debazarnes ne l'a point entreprise, mais elle y a implicitement renoncé, en déclarant qu'elle n'entendait point *contester l'écriture et signature du Testament*.

» La dame Debazarnes prétend qu'en inférant de cette déclaration, qu'elle avait reconnu la dame Hereau auteur des surcharges, la cour d'appel de Bourges a violé l'art. 1356 du Code civil, qui défend de diviser l'aveu judiciaire; mais il est évident que la cour d'appel de Bourges n'a point divisé la déclaration de la dame Debazarnes, et qu'elle s'est bornée à en tirer une conséquence fort naturelle.

» Ensuite, ces surcharges, la dame Hereau les a-t-elle faites à dessein d'annuler son testament? Rien ne le prouve, rien ne permet de le présumer.

» Enfin, ces surcharges empêchent-elles de lire les mots surchargés? La cour d'appel de Bourges a jugé que non; et il ne nous appartient pas d'examiner si, à cet égard, elle a jugé bien ou mal (1).

» 3° Quant à l'art. 16 de la loi du 25 ventôse an 11, il dit, à la vérité, que les mots *surchargés, interlignés ou ajoutés, seront nuls*; mais il ne le dit que pour les actes reçus par des notaires; et prétendre qu'on doit l'appliquer à un Testament olographe, et surtout à un Testament olographe antérieur à cette loi, c'est un système qui n'a d'autre mérite que sa singularité.

» La demande en cassation de la dame Debazarnes est donc, sous tous les rapports, dénuée de fondement.

» Quant à celle du sieur Hereau, elle ne porte que sur la partie de l'arrêt du 20 janvier 1808, qui contient le discours que le président lui a adressé à la suite de la prononciation de l'arrêt même, la réponse qu'il y a faite sur-le-champ, et le dispositif par lequel la cour d'appel de Bourges donne acte de cette réponse.

» Le sieur Hereau attaque cette partie de l'arrêt, et comme renfermant un excès de pouvoir, et comme tendant à lui faire faire son Testament à l'audience de la cour d'appel de Bourges.

» D'abord, en effet, on ne peut nier qu'il n'y ait excès de pouvoir dans cette partie de l'arrêt.

» En décidant les questions qui se présentaient à juger entre le sieur Hereau et la dame Debazarnes; en prononçant sur les appels que l'un et l'autre avaient respectivement interjetés des jugemens du tribunal civil de Clamecy, des 2 nivôse an 14, 3 mars et 6 mai 1806, la cour d'appel de Bourges avait consommé tout son ministère, *functa erat officio*; elle ne pouvait donc plus sonder la conscience du sieur Hereau pour en tirer des déclarations en faveur de son adversaire; elle a donc fait, en interrogeant le sieur Hereau, après la prononciation de l'arrêt rendu à son profit, en s'érigeant par là en conciliatrice publique et officielle des deux parties qu'elle venait de juger, un acte absolument étranger à l'autorité dont elle était investie par la loi; elle a donc transgressé les limites dans lesquelles la loi circonscrivait l'exercice de cette autorité.

» Or, quel doit être le sort d'un arrêt qui présente un tel abus de pouvoir? Bien sûrement un tel arrêt doit être cassé.

» L'art. 88 de la loi du 27 ventôse an 8 nous attribue le droit de requérir, d'office et pour le seul intérêt de la loi, la cassation de tout *jugement en dernier ressort, contraire aux lois ou aux formes de procéder*, ou DANS LEQUEL UN JUGE AIT EXCÉDÉ SES POUVOIRS, *et contre lequel cependant aucune des parties n'ait réclamé dans le délai fixé*; et par cette attribution, il décide bien nettement deux choses: la première, que, *dans le délai fixé*, la partie lésée par un jugement en dernier ressort *dans lequel un juge a excédé ses pouvoirs*, peut, sur ce seul fondement, en provoquer

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Surcharge*.

Digitized by Google

la cassation; la seconde, que la cassation doit en être prononcée, comme s'il avait violé, ou le texte formel d'une loi sur le fond, ou une forme de procédure emportant la peine de nullité.

» Ensuite, à quel propos l'arrêt donne-t-il acte de la réponse du sieur Hereau au discours du président?

» De deux choses l'une : ou il en donne acte pour que les héritiers de la dame Hereau puissent s'en prévaloir à la mort du sieur Hereau; ou il en donne acte sans but, sans objet quelconque.

» Au premier cas, il suppose à la réponse du sieur Hereau un effet qu'elle ne peut pas avoir; et, par là, il viole, non-seulement l'art. 893 du Code civil, aux termes duquel *on ne peut disposer de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre-vifs ou par Testament;* mais encore l'art. 1130 du même Code qui déclare nulle toute stipulation relative à une succession future. Le Testament de la dame Hereau étant jugé valable, le sieur Hereau est nécessairement propriétaire libre de tous les biens que son épouse a laissés; et dès qu'il en est propriétaire libre, il est impossible qu'il s'impose, par une déclaration faite devant un tribunal, l'obligation de les transmettre, en mourant, aux héritiers de son épouse elle-même. Il est par conséquent impossible qu'une pareille déclaration vaille, soit comme disposition gratuite, soit comme promesse de disposer gratuitement.

» Au second cas, l'arrêt fait une chose absolument inutile, et qui cependant peut devenir funeste : il plante, pour ainsi dire, à l'avance, le germe d'un procès entre les héritiers du sieur Hereau et ceux de son épouse; et c'est, de la part des juges qui ont rendu cet arrêt, un abus manifeste du pouvoir que la loi leur a confié.

» Il ne peut donc y avoir aucun doute sur la nécessité d'annuler la partie de l'arrêt du 20 janvier 1808, qui est attaquée par le sieur Hereau.

» Mais l'annullation de cette partie de l'arrêt doit-elle entraîner l'annullation de l'arrêt entier?

» Elle devrait l'entraîner, sans doute, s'il y avait connexité entre la partie de l'arrêt attaquée par la dame Debazarnes, et la partie de l'arrêt attaquée par le sieur Hereau.

» Et sans doute il y aurait connexité entre les deux parties de l'arrêt, si, comme le soutient la dame Debazarnes, l'une était la condition de l'autre; si, comme le soutient la dame Debazarnes, la cour d'appel de Bourges n'avait donné gain de cause au sieur Hereau, qu'en considération de la promesse qu'il avait faite à la cour elle-même, de laisser, après sa mort, aux héritiers légitimes de son épouse, les biens compris dans le Testament de thermidor an 9.

» Mais, nous l'avons déjà dit, ce n'est pas à la cour d'appel de Bourges, c'est seulement à quelques-uns de ses membres que le sieur Hereau est annoncé, dans l'interpellation du président, avoir fait la promesse dont il s'agit. Dès-lors, sur quel fondement prétendrait-on que c'est cette promesse qui a déterminé la cour d'appel de Bourges à ordonner l'exécution du Testament de thermidor an 9? L'arrêt n'en dit pas le mot; et on peut d'autant moins le supposer, que la partie de l'arrêt qui ordonne l'exécution du testament de thermidor an 9, forme à elle seule un tout indépendant par soi de l'interpellation qui la suit.

» Vous savez, Messieurs, qu'il n'en est pas des jugemens comme des contrats. Dans un contrat, toutes les clauses sont tellement correlatives, tellement censées consenties en considération les unes des autres, que la rétractation d'une partie de ces clauses emporte nécessairement la rétractation de l'autre partie. *Unius ejusdemque contractûs capita singula alia aliis inesse videntur per modum conditionis, quasi expressum esset, hæc ità faciam, si et alter faciat quæ promisit.* Ce sont les termes de Grotius, *de jure belli et pacis*, liv. 3, chap. 19, n° 14. Mais, dit Julien, sur les statuts de Provence, tome 2, page 211, *Il en est autrement d'un jugement rendu en contradictoires défenses; les divers chefs qu'il contient, sont autant de jugemens différens et indépendans les uns des autres :* tot capita, tot sententiæ. *Sur ce fondement, on juge que la requête civile étant impétrée et ouverte envers un chef d'un arrêt, les autres chefs qui en sont indépendans, subsistent. Les arrêts rapportés dans le recueil de Boniface, tome* 1, *liv.* 7, *tit.* 6, *chap.* 2, *et tome* 3, *liv.* 3, *tit.* 4, *chap.* 1, *l'ont ainsi jugé. Il y a un arrêt semblable du parlement de Paris, du* 31 *juillet* 1685, *rapporté dans le* Journal du palais. *Et c'est ainsi que le parlement d'Aix le jugea par arrêt du* 22 *décembre* 1738, *en faveur de l'acteur de l'université d'Aix, pour qui je plaidais.* Et nous devons ajouter que cette jurisprudence est érigée en loi par l'art. 482 du Code de procédure civile.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de joindre les deux demandes en cassation, de rejeter celle de la dame Debazarnes, et faisant droit sur celle du sieur

Digitized by Google

Hereau, casser et annuler la disposition de l'arrêt du 20 janvier 1808 qui en est l'objet ».

Par arrêt rendu le 11 juin 1810, au rapport de M. Carnot,

« La cour joint les pourvois de la dame Debazarnes et du sieur Hereau contre l'arrêt du 25 janvier 1808;

» Et attendu, sur le premier moyen invoqué par ladite dame, qu'en rejetant la demande en nullité qu'elle avait formée contre l'enquête à laquelle elle avait fait procéder, et qu'elle faisait résulter du dol personnel du sieur Hereau, la cour d'appel de Bourges n'a fait qu'une simple appréciation des faits qui sort du domaine de la cassation;

» Attendu, que si dans les *considérant* de son arrêt, la cour d'appel a déclaré que n'existant aucun commencement de preuve par écrit d'un Testament révocatoire de celui du 6 thermidor an 9, la preuve testimoniale des faits posés par la réclamante était inadmissible, la cour d'appel n'en a pas moins confirmé le jugement qui avait ordonné cette preuve et appréclé celles résultant de l'enquête à laquelle il avait été procédé;

» Attendu, sur le second moyen, que la cour d'appel de Bourges n'a pas déclaré, en point de droit, qu'un Testament olographe serait valable, quand même il ne porterait qu'une date incertaine, et que, si elle a dit dans ses *considérant* que, quand celui de la dame Hereau porterait la date du 6 ou celle du 10 thermidor an 9, il n'en serait pas moins daté et dans une forme légale, elle ne l'a dit ainsi que d'une manière hypothétique, puisqu'elle a confirmé purement et simplement la sentence d'appel qui donnait au Testament la date fixe du 6 thermidor an 9;

» Attendu, sur le troisième moyen, que la loi romaine n'était pas celle qui régissait le domicile de la testatrice, mais bien la coutume de Nevers, dans le ressort de laquelle le droit romain n'avait pas force de loi; que d'ailleurs la loi romaine invoquée ne recevait dans l'espèce aucune application; que d'autre part, la loi de ventôse an 11 ne s'était occupée que des actes notariés, et qu'un Testament olographe, quoique solennel et faisant foi par lui-même de sa date, n'était pas un acte notarié; qu'au surplus, il n'était pas possible de supposer qu'un Testament fait en l'an 9, ait pu violer les dispositions d'une loi promulguée seulement en l'an 11,

» La cour rejette ces trois premières ouvertures de cassation;

» Et attendu, sur la quatrième, qu'en requérant acte de l'interpellation faite au sieur Hereau par le président de la cour d'appel et de la réponse faite par ce dernier, la réclamante s'est rendue non-recevable à attaquer cette disposition de l'arrêt du 25 janvier 1808, comme le sieur Hereau s'est lui-même rendu non-recevable à attaquer ladite disposition, en répondant volontairement à l'interpellation qui lui a été faite (1);

» La cour déclare tant ladite dame Debazarnes que le sieur Hereau non-recevable dans leur pourvoi contre cette disposition dudit arrêt.....;

» Mais vu l'art. 88 de la loi du 27 ventôse an 8;

» Et attendu qu'il résulte dudit article que le procureur-général peut déférer à la cour et requérir l'annullation des arrêts, lorsque les parties ne se sont pas pourvues dans le délai de la loi, quand la cour qui les a rendus, a excédé ses pouvoirs; et que, dans l'espèce particulière, les parties n'ont déclaré leur pourvoi qu'après s'y être rendues non-recevables, ce qui fait rentrer l'affaire dans les dispositions dudit art. 88;

» Attendu, au fond, qu'après avoir consommé ses pouvoirs en prononçant sur les appellations dont elle se trouvait saisie, la cour d'appel de Bourges s'est permis de donner acte de l'interpellation faite par le président au sieur Hereau et de la réponse faite par ce dernier à ladite interpellation, ce qui a été, de sa part, un excès de pouvoir d'autant plus grand que cet acte tendait évidemment à faire disposer le sieur Hereau d'une partie de ses biens dans une forme réprouvée par la loi;

» La cour, faisant droit au réquisitoire de M. le procureur-général, casse et annulle cette disposition dudit arrêt du 25 janvier 1807, *dans l'intérêt de la loi* (2).. »

---

(1) Est-il bien exact de supposer que le sieur Hereau eût pu se dispenser de répondre à cette interpellation? Pouvait-il déclarer, en face de la cour d'appel, qu'il se pourvoyait en cassation? L'eût-il même fait, sa déclaration eût-elle suspendu l'exécution de l'arrêt? *V.* l'article *Acquiescement*, §. 3.

(2) Je n'avais pas requis, *dans l'intérêt de la loi*, l'annullation de cette disposition de l'arrêt de la cour d'appel de Bourges; je ne l'avais requise que dans l'intérêt privé de la partie qui la demandait. La cour suprême pouvait-elle, d'après l'art. 88 de la loi du 27 ventôse an 8, intervertir ainsi l'objet des conclusions du ministère public? Question délicate, qu'elle n'a tranchée aussi brusquement, que parcequ'en adoptant d'office, et, j'ose le dire, avec assez de légèreté, une fin de non-recevoir que les adversaires du sieur Hereau ne lui avaient pas opposée, et qui n'a-

Digitized by Google

§. XVII. *Un Testament par acte public, dont les témoins n'entendent pas la langue dans laquelle les dispositions en sont dictées et écrites, est-il valable?*

La négative ne peut être douteuse pour quiconque ne consulte que sa raison.

A quoi servent en effet, dans un Testament, des témoins qui voient le testateur parler et le notaire écrire, mais qui ne comprennent ni ce que l'un dit ni ce que l'autre écrit? Il est évident qu'ils n'y remplissent pas l'objet de la loi. Pourquoi et à quelle fin la loi veut-elle qu'il intervienne des témoins dans un Testament? Parcequ'elle ne se fie pas au notaire seul, parcequ'elle craint que le notaire ne dénature ou n'altère les dispositions que le testateur lui dicte, parcequ'elle a besoin d'une garantie de l'exactitude du notaire, et qu'elle ne peut trouver cette garantie, suivant l'expression de Ricard (*Traité des donations*, part. 1, n° 1606) que dans des *contrôleurs* qu'elle place à côté de lui. Mais si ces *contrôleurs* ne sont là que comme des statues, les vues de la loi seront trompées, et par suite, il n'y aura point de Testament.

A ces idées si simples, si naturelles, on oppose

1° des dispositions du droit romain,
2° l'art. 980 du Code civil,
3° des raisons d'inconvéniens,
4° des arrêts.

Discutons successivement ces objections.

Art. I. *Examen de la question d'après le Droit romain.*

La loi 20, §. 9, D. *qui Testamenta facere possint*, nous offre un lambeau des écrits du jurisconsulte Ulpien, dans lequel il est dit que, pour la validité d'un Testament, il n'est pas nécessaire que les témoins comprennent les paroles du testateur; que c'est ce qui résulte d'un rescrit de l'empereur Marc-Aurèle, adressé à Didius Julianus, au sujet d'un témoin qui, ne sachant pas le latin, avait été appelé à un Testament; et que, dès-là, il suffit que le témoin conçoive sensiblement quelle est la nature de l'acte auquel il est présent: *non tamen intelligentiam sermonis exigimus; hoc enim divus Marcus Didio Juliano, in teste qui latinè nesciverat, rescripsit; nam si vel sensu percipiat cui rei adhibitus sit, sufficere.*

Le jurisconsulte Paul dit également dans ses *sentences* imprimées à la suite du corps de droit civil, liv. 3, tit. 5, §. 15: *ex his qui ad testamentum adhibentur, si qui sint qui latinè nesciant, vel non intelligant, sed tamen sentiant cui rei sint adhibiti, non vitiant testamentum.*

Mais à quelle espèce de Testament ces décisions se rapportent-elles?

Qu'on les rapporte au Testament mystique, cela se conçoit; elles ne font alors qu'établir une règle qu'on retrouve dans la constitution des empereurs Théodose et Valentinien qui forme la loi 21, C. *de testamentis*, savoir, qu'il n'est pas nécessaire que les témoins appelés à un Testament mystique, en connaissent le contenu: *nec ideò infirmari quòd testes nesciant quæ in eo scripta sunt testamento.*

Mais le moyen de supposer que Paul et Ulpien, dans les passages dont il s'agit, eussent en vue les Testamens nuncupatifs?

Tout le monde sait que, dans le droit romain, et la loi du Code que je viens de citer, décidait expressément, §. 2, que ces Testamens pouvaient n'être pas rédigés par écrit, et que le testateur pouvait les confier à la seule mémoire des témoins: *per nuncupationem quoque, hoc est, sine scripturâ, testamenta non aliàs valere sancimus* (disaient les empereurs Théodose et Valentinien), *quàm si septem testes simul uno eodemque tempore collecti, testatoris voluntatem testamentum sine scripturâ facientis, audierint.*

Or, conçoit-on que des témoins qui n'auraient pas compris les dispositions du testateur, eussent pu en rendre un compte tant soit peu exact? Cela eût été bon pour les legs qui pouvaient être faits, en forme codicillaire, par de simples signes, *solo nutu*, mais impraticable pour l'institution d'héritier; et personne n'ignore que, dans l'ancien droit romain, la nullité de l'institution d'héritier entraînait celle des legs qui étaient faits par le même acte.

Aussi n'est-il pas douteux que l'on ne doive restreindre aux Testamens mystiques, les décisions consignées dans la loi 20, D. *qui testamenta facere possint*, et dans le tit. 5 du liv. 3 *des sentences* de Paul. C'est d'ailleurs ce qu'un jurisconsulte dont les mémoires et les consultations ont fait tant d'honneur à l'ancien barreau de Toulouse et à celui de la cour de cassation (M. Mailhe), a parfaitement démontré dans une dissertation qu'il me permet de placer ici, et à laquelle je

---

vait subi aucune espèce de discussion, elle s'était placée dans l'alternative, ou de laisser subsister un monstrueux excès de pouvoir, ou d'employer, pour le réprimer, un expédient au moins douteux.

Digitized by Google

crois d'autant plus indispensable de ne rien retrancher, quoi qu'elle soit un peu longue, que l'erreur qu'elle réfute, a servi de base, même sous le Code civil, à des arrêts de cours souveraines.

« Pour bien nous entendre (ce sont les termes de M. Mailhe), il faut d'abord jeter un coup-d'œil sur les divers modes de tester, qui s'étaient succédé chez les Romains.

» L'empereur Justinien, dans ses institutes, au §. 1er du titre *de testamentis ordinandis*, nous apprend qu'anciennement, c'est-à-dire, antérieurement à la loi des douze tables, l'usage avait introduit deux sortes de Testamens, savoir, le Testament *calatis comitiis*, et le Testament *in procinctu*.

» Ce dernier était propre et particulier aux soldats, lorsqu'ils entraient ou qu'ils étaient en campagne. La forme en est ignorée. On sait seulement que le soldat testateur déclarait verbalement sa volonté en présence de ses compagnons d'armes. Au surplus, comme c'était là un Testament privilégié, de même que celui qui fut connu dans la suite sous le nom de *Testament militaire*, il est tout-à-fait indifférent pour notre question.

» Le premier était celui que tout citoyen romain, père de famille, pouvait faire devant le peuple assemblé et convoqué pour cet effet; et c'est de là qu'il avait tiré son nom de Testament *calatis comitiis* : il était sanctionné par le peuple lui-même; et par là, il devenait une véritable loi qui ne pouvait être révoquée que par un autre acte de la puissance publique.

» Survint, en l'an de Rome 383, la loi des douze tables, qui, d'une part, donnait aux pères de famille le droit de disposer de leurs biens à leur gré, et qui, d'une autre part, voulait que toute aliénation, pour être pleinement autorisée par le droit civil, se fît par mancipation, *per mancipationem*, c'est-à-dire, par une vente en forme solennelle. Et comme les assemblées du peuple, *calata comitia*, n'avaient lieu qu'en temps de paix, et deux fois par an seulement, et qu'il arrivait de là qu'on mourait souvent sans avoir pu tester, les jurisconsultes, pour remédier à cet inconvénient, établirent une autre forme de Testament, à laquelle ils appliquèrent la mancipation, ou vente solennelle, consacrée par la loi des douze tables et qu'ils appelèrent Testament *per æs et libram*.

» Voici comment, selon Théophile, se faisait ce Testament dans son origine : cinq citoyens étaient appelés comme témoins, devant lesquels celui qui devait être l'héritier, et qu'on appelait *Emptor familiæ*, achetait du testateur *sa famille*, c'est-à-dire, son hérédité; et un autre citoyen, appelé *librípens*, tenait à la main une balance pour peser l'airain qui était censé le prix de la vente. En même temps, le testateur déclarait ce qu'il voulait qu'on fît après sa mort, et désignait les legs dont il entendait charger son héritier.

» Il paraît que, jusque-là, le Testament *per æs et libram* était purement nuncupatif : mais il en résulta bientôt les plus graves inconvéniens, en ce que les héritiers, ainsi ouvertement nommés, qui étaient assurés de recueillir la succession, en devançaient souvent l'époque, en attentant à la vie du testateur qui, en outre, était exposé au ressentiment de ses héritiers naturels. Pour y obvier, on abandonna la forme nuncupative, et le Testament *per æs et libram* ne se fit plus que par écrit, de telle manière qu'on continua bien d'observer la solennité de la vente pour se conformer à la loi des douze tables; mais que la vente n'était plus faite qu'à un tiers acheteur fictif, tandis que le nom du véritable héritier et les autres dispositions du testateur étaient écrits sur des tablettes de cire closes, et restaient secrets jusqu'après sa mort. *Progressu autem temporis*, (dit Vinnius sur le §. précité des institutes) *cùm, ut credibile est, quod veterum simplicitas et probitas anteà non consideraverat, experimentis compertum esset, eam rem testatori periculosam esse; atque insuper etiam causam odii in testatorem, invidiæ in heredem legitimis successoribus præbere : receptum est, ut palàm quidem solemnitatis adimplendæ causâ familiæ emptor adhiberetur, sed qui, ut manceps fiduciarius, heredi seorsùm in tabulis clausis scripto, mortuo testatore, familiam remanciparet.*

» Huberus, sur le même paragraphe, dit aussi : *Quid autem testator post mortem fieri vellet, quis foret heres, scriptum erat in tabulis privatim, secretò à testatore compositis.*

» Les divers auteurs qui ont parlé du Testament *per æs et libram*, ne sont, à l'égard de cette forme mystique, que les échos les uns des autres.

» Et dès-là, toute la nuncupation du Testament *per æs et libram*, se réduisit à une simple formule que prononçait le testateur, et qui se trouve dans les fragmens d'Ulpien, tit. 20, §. 9, en ces termes. *La formule de la nuncupation est prononcée par le testateur comme il suit : le testateur tenant à la main les tables de son Testament, dit :* je donne, je lègue, je teste, ainsi qu'il est écrit sur ces tablettes de cire. Romains, soyez-en témoins.

Digitized by Google

Nuncupatur testamentum in hunc modum, tabulas testamenti testator tenens ità dicit: hæc uti his tabulis cerisve scripta sunt, ità do, ità lego, ità testor, itàque vos, Quirites, testimonium præbitote.

» Terrasson, dans son *Histoire de la jurisprudence romaine*, part. 2, §. 7, atteste, avec plusieurs autres auteurs, qu'*en prononçant les derniers mots de cette formule, le testateur touchait les témoins par le bout de l'oreille*, et que *c'était là uniquement à quoi ils servaient*.

» Au reste, plusieurs auteurs soutiennent que ce Testament *per æs et libram*, n'avait jamais été nuncupatif, et que, dans son principe même, il s'écrivait sur des tablettes closes, sauf que l'acheteur lui-même était originairement l'héritier, qu'il le savait, ainsi que le *libripens* et les témoins, et que là était l'inconvénient ou le danger. Quoi qu'il en soit à cet égard, tous les auteurs conviennent que, s'il avait été purement nuncupatif dans son origine, l'usage s'était bientôt introduit de l'écrire sur des tablettes qu'on avait soin de clore et de tenir secrètes.

» Il est donc bien constant que le Testament écrit, *per æs et libram*, rentrait essentiellement dans la nature d'un Testament clos ou mystique.

» Dans la suite, les préteurs introduisirent un nouveau mode de tester, et plus simple et plus rapide. Ils supprimèrent la mancipation ou vente fictive, ainsi que la formule de nuncupation, dont nous venons de parler. Mais aux cinq témoins qui étaient requis dans le Testament *per æs et libram*, ils en ajoutèrent deux autres, dont l'un remplaçait le *libripens*, et l'autre, l'*emptor familiæ*; et ils voulurent que le Testament fût revêtu du cachet des sept témoins, formalité qui, jusqu'alors, n'avait pas été nécessaire, comme l'observe Justinien, au §. précité.

» Et quoique (dit Ulpien, tit. 28, §. 6) un tel Testament ne fût pas avoué par la loi des douze tables ou par le droit civil, le préteur accordait la *possession des biens selon les tables*, c'est-à-dire, selon les tablettes du Testament, pourvu que sept témoins, tous citoyens romains, y eussent apposé leurs cachets (1).

» Le même Ulpien, dans la loi 22, §. 7, D. *qui testamenta facere possint*, ajoute que les tablettes testamentaires ne sont censées cachetées ou scellées, qu'autant que les cachets se trouvent apposés sur le linge ou la toile qui sert d'enveloppe à ces tablettes (1).

» Ainsi, le Testament prétorien n'était également qu'un Testament écrit, clos ou secret.

» Enfin, les empereurs Théodose et Valentinien, frappés des abus et des fraudes qu'entraînait ou pouvait entraîner un mode trop facile de tester, portèrent, en 439, une constitution ou novelle, par laquelle ils prescrivirent des formalités ultérieures, pour assurer d'autant mieux les volontés des testateurs.

» C'est de cette constitution (connue sous le nom de novelle 9 de Théodose), qu'a été tirée la loi 21, au Code, *de testamentis*, que Cujas range parmi les lois les plus célèbres et les plus importantes. Par cette loi, les formalités du Testament écrit furent réglées en ces termes :

» *Nous permettons à ceux qui font un Testament par écrit, soit qu'il ait été écrit de leur main ou de celle de tout autre, et qui désirent que les dispositions en soient inconnues ou secrètes, de le montrer scellé ou lié, ou seulement clos et enveloppé, à sept témoins, citoyens romains, mâles et pubères, qui doivent avoir été priés à cet effet, et de le leur présenter pour qu'ils y apposent simultanément leurs sceaux ou cachets, et leurs signatures. Il faut d'ailleurs que le testateur déclare que l'écrit qu'il leur présente, contient son Testament, et qu'il y appose aussi son cachet et sa signature en leur présence. Cela fait, et si les témoins l'ont signé et scellé en un seul et même temps, le Testament sera valable, sans qu'on puisse l'attaquer sur le fondement que les témoins en ignorent les dispositions.*

» *Que si le testateur ne sait ou ne peut signer, nous voulons qu'il soit appelé un huitième témoin qui signera pour lui, et que les mêmes formalités soient d'ailleurs observées.*

» *Il n'est pas nécessaire que l'action de dicter ou d'écrire le Testament coïncide avec l'emploi du ministère des témoins, ou qu'il y ait unité de temps à cet égard; mais il suffit que le Testament, quoique déjà dicté ou écrit en l'absence des témoins, soit revêtu de leurs signatures et de leurs sceaux dans un*

(1) *Etiamsi jure civili non valeat testamentum, fortè quòd familiæ mancipatio vel nuncupatio defuit, si signatum testamentum sit, non minùs quàm septem civium romanorum signis, bonorum possessio datur.*

(1) *Signatas tabulas accipi oportet, et si linteo quo tabulæ involutæ sunt, signa impressa fuerint.*

Digitized by Google

seul et même temps, et sans mélange d'aucun acte étranger.

» *Le Testament se termine par les signatures des témoins et par l'apposition de leurs sceaux. Un Testament que les témoins n'ont pas signé et scellé, est imparfait*, et par conséquent, nul, à moins qu'il ne s'agisse d'un Testament entre enfans, cas auquel le Testament serait valable, quoiqu'imparfait, ainsi que le déclare le §. 1er de la même loi.

» Cette même loi, §. 2, régla ainsi la forme du Testament nuncupatif : *Nous voulons qu'un Testament nuncupatif, c'est-à-dire, non écrit, ne soit valable qu'autant que sept témoins, priés et présens en un seul et même temps, comme il a été dit ci-dessus, auront* ENTENDU *la déclaration verbale des volontés du testateur.*

» Justinien s'occupa spécialement du Testament écrit et du Testament nuncupatif dans ses Institutes, titre *de testamentis ordinandis.*

» Au §. 3 de ce titre, lequel a pour rubrique *de testamento scripto*, il rappelle que, par l'effet de la réunion du droit civil et du droit prétorien au droit impérial, opérée tant par l'usage que par les constitutions des empereurs, ce Testament devait être fait de suite et sans interruption, en présence de sept témoins qui y apposassent leurs cachets ; qu'ainsi, les formalités actuelles du Testament écrit prenaient leur source dans trois différens droits, savoir : la présence des témoins pour la confection du Testament en un seul et même temps, dans le droit civil ; les signatures du testateur et des témoins, dans les constitutions impériales ; les cachets et le nombre des témoins, dans l'édit du préteur.

» Dans cet état de la législation, et abstraction faite du Testament militaire dont nous n'avons pas à nous occuper, les Romains ne connaissaient, à proprement parler, comme l'observe Furgole (*Traité des testamens*, chap. 2, n° 15), que deux sortes de Testamens, savoir, le Testament écrit, et le Testament nuncupatif.

» Retenons bien que, dans le droit romain, le Testament écrit ne s'entendait que du Testament clos ou mystique.

» Et en effet, soit que l'on considère ce Testament comme fait selon l'ancienne forme du droit civil *per æs et libram*, ou selon celle que le préteur y avait substituée, soit qu'on l'envisage dans sa formation dernière selon le droit civil et le droit prétorien fondus dans les constitutions impériales, il était de sa nature que les témoins en ignorassent les dispositions.

» Et toutefois, il dépendait, sans doute, du testateur de leur en donner connaissance ; mais son Testament n'en conservait pas moins sa nature de Testament écrit, et il n'en restait pas moins clos : tout comme le Testament fait sans écrit conservait sa nature de Testament nuncupatif, quoiqu'on pût y employer l'écriture, *probationis causâ*. Nous aurons à revenir sur ce point.

» Ainsi fixés sur les divers modes de tester qui avaient été successivement pratiqués chez les Romains, voyons s'il n'était pas essentiel que les témoins entendissent la langue que parlait le testateur, sinon à l'égard du Testament écrit, du moins et nécessairement à l'égard du Testament nuncupatif.

» La loi 20, D. *qui testamenta facere possint*, tirée des écrits d'Ulpien (*lib.* 1, *ad Sabinum*) déclare, *in principio*, qu'on ne peut pas être employé comme témoin dans le Testament où l'on est institué héritier, mais que celui qui n'y est que légataire, ou celui dont le nom ne s'y trouve *écrit* que comme devant être tuteur testamentaire, peut y être témoin..... *qui testamento heres instituitur, in eodem Testamento testis esse non potest, quod in legatario, et in eo qui tutor* SCRIPTUS *est, contrà habetur : hi enim testes possunt adhiberi, si aliud eos nihil impediat : ut putà si impubes, si in potestate sit testatoris.*

» Là, il est évidemment question du Testament écrit.

» La même loi, dans son §. 8, dit que, selon l'opinion des anciens, ceux qui sont employés pour l'observation des formalités testamentaires, doivent rester présens jusqu'à l'entière confection du Testament. *Et veteres putaverunt eos, qui propter solemnia Testamenti adhibentur, durare debere, donec suprema contestatio* (*testatio*) *peragatur.*

» Immédiatement après, elle ajoute, §. 9 et dernier : *nous n'exigeons pas cependant que les témoins entendent la langue dans laquelle se fait le Testament : c'est ce que l'empereur Marc-Aurèle a dit dans un rescrit adressé à Didius Julianus, au sujet d'un témoin qui n'entendait pas le latin ; car il suffit que le témoin conçoive ou connaisse par le simple bon sens pour quelle chose il est employé ou appelé.* Et Paul, dans ses sentences (*liv.* 3, *tit.* 5, §. 15), disait la même chose.

» Il résulte bien de là, que la question de savoir si les témoins devaient, ou non, entendre la langue du testateur, avait été décidée pour la négative.

Digitized by Google

» Mais il reste à voir si cette décision était indistinctement applicable au Testament écrit et au Testament nuncupatif, ou si elle ne s'appliquait pas au premier, à l'exclusion du second.

» D'abord, si nous remontons, soit au temps de l'empereur Marc-Aurèle, qui cessa de vivre l'an de J. C. 181, et qui avait donné le rescrit dont se compose le §. 9 de la loi 20, soit au temps d'Ulpien qui avait recueilli ce rescrit dans son livre 1er sur Sabin, soit au temps de Paul, qui fut à-peu-près contemporain d'Ulpien, et dont la *sentence* précitée avait probablement été déterminée par ce même rescrit, il est certain que, non-seulement à ces époques, mais encore plusieurs siècles auparavant, et même long-temps après, et jusqu'à ce que les empereurs eussent amalgamé les formalités testamentaires introduites par le droit civil et par le droit prétorien, avec celles qu'ils avaient eux-mêmes établies par leurs constitutions, les Romains pouvaient tester à leur choix, ou selon le droit prétorien, ou selon l'ancien droit civil, c'est-à-dire, *per æs et libram*.

» Et peu importe qu'Ulpien, dans ses fragmens, tit. 20, §. 2, ait dit que, de son temps, et depuis l'abolition du Testament *calatis comitiis*, et du Testament *in procinctu*, le Testament *per æs et libram* était seul en usage: cela doit s'entendre en ce sens, que les deux premiers Testamens qui appartenaient au droit civil, étant abolis, et vu que le Testament prétorien provenait d'un droit mixte, il ne restait du pur droit civil que le Testament *per æs et libram* (1); ou bien (ce qui est à-peu-près la même chose), en ce que le Testament prétorien est improprement appelé Testament, attendu que celui qui s'y trouvait institué, obtenait, non pas l'hérédité proprement dite, mais la possession des biens (2).

(1) *Nimirùm* (dit Vinnius sur le §. 1er du titre des Institutes *de Testamentis ordinandis*), *ex testamentis quæ ad jus civile pertinebant, scilicet prioribus illis duobus abolitis; nam secundùm formam à prætore introductam et juris mixti, eo tempore testamenta quoque fieri solita, multis auctoritatibus doceri potest*.... Sur quoi Vinnius cite une loi tirée d'Ulpien lui même, une autre tirée de Paul, et l'autorité de Cicéron qui avait vécu plusieurs siècles avant ces deux jurisconsultes.

(2) *Quamvis enim et prætoria testamenta tunc frequentarentur, ea tamen non nisi impropriè hoc nomen sustinebant, cùm ex eis non hereditas, sed bonorum possessio daretur*. Heineccius, dans son *Syntagma antiquit. roman. jurispr. illustr.* lib. 2, tit. 10, §. 14.

» Ainsi, la décision d'Ulpien dans le §. 9 de la loi 20 précitée, et la *sentence* de Paul, relativement aux témoins qui ignoraient la langue parlée par le testateur, ne pouvaient s'appliquer qu'au Testament *per æs et libram*, et tout au plus aussi au Testament prétorien, mais non pas au Testament que les empereurs organisèrent par l'amalgame du droit civil et du droit prétorien avec le droit impérial, attendu que cet amalgame n'eut lieu que long-temps après le siècle d'Ulpien et de Paul.

» Il est même certain que la décision d'Ulpien, dont la *sentence* de Paul n'est qu'une version, ne pouvait pas s'appliquer au Testament prétorien qui se faisait sans mancipation et sans nuncupation, mais bien et uniquement au Testament *per æs et libram*, dans lequel seul intervenaient la mancipation et la nuncupation dont parle Ulpien au §. 9 du titre 20 de ses fragmens, ci-dessus rapporté.

» Et néanmoins, pour ne laisser rien à désirer, et pour prévenir toute objection, nous continuerons de faire porter notre discussion sur le Testament prétorien en même temps que sur le Testament *per æs et libram*, discussion qui a pour objet de prouver que la décision d'Ulpien ne s'appliquait et ne pouvait s'appliquer qu'au Testament *écrit* qui était mystique de sa nature.

» On a vu qu'en ce qui concerne le Testament *per æs et libram*, qui se faisait en présence de cinq témoins, autres que le *libripens* et l'*emptor familiæ*, le nom de l'héritier, les legs ou toutes autres dispositions du testateur, étaient écrits sur des tablettes closes; que c'était donc là un Testament écrit, mystique ou secret.

» Quant au Testament prétorien, on a également vu que le préteur exigeait simplement la présence de sept témoins, qui, d'après Ulpien lui-même, devaient apposer leurs cachets sur la toile dans laquelle étaient enfermées les tablettes testamentaires; et c'est à ce Testament aussi écrit et mystique, que le préteur accordait la possession directe des biens *secundùm tabulas*.

» Cependant, quoique le préteur ne connût pas le Testament nuncupatif ou non écrit (1), et qu'en effet, l'idée d'accorder la possession des biens conformément aux tablettes sur lesquelles étaient écrites ou gravées les dispositions testamentaires, semblât exclure l'idée d'un Testament nuncupatif ou sans tablettes,

(1) *Prætor non novit testamenta non scripta*, dit Cujas sur le §. 13 du titre précité des Institutes.

Digitized by Google

auquel cette possession pût s'appliquer, nous devons convenir que, par un esprit d'équité naturelle, le préteur accordait la possession *utile* des biens *secundùm tabulas* en exécution d'un Testament nuncupatif fait devant sept témoins.

» Et si l'on veut, nous admettrons aussi que le Testament *per æs et libram*, considéré comme purement nuncupatif, et que nous avons supposé tel dans son origine, mais qui du moins, et très-certainement, n'avait pas tardé à être converti en Testament mystique avec la formule rapportée par Ulpien, n'était pas entièrement tombé en désuétude, malgré les inconvéniens ou les dangers y attachés.

» Mais les historiens et les juristes s'accordent à dire que le Testament nuncupatif (sans expliquer s'ils parlent du Testament *per æs et libram*, ou du Testament prétorien), était très-rare, non-seulement du temps d'Ulpien, mais encore bien long-temps auparavant ; qu'il répugnait aux Romains de confier leurs dernières volontés à la foi de témoins dont tel ou tel pouvait d'ailleurs mourir avant le testateur, et par cela seul, rendre un pareil Testament comme non-avenu ; qu'en conséquence, ceux-là seuls testaient par nuncupation, qui, surpris par les approches imminentes d'une mort imprevue, n'avaient ou ne croyaient pas avoir le temps de faire un Testament par écrit. Voilà pourquoi, au rapport de Suétone dans la vie de Caligula (chap. 38), cet empereur appelait *railleur* celui qui survivait à son Testament nuncupatif : *Derisores vocabat, quòd post nuncupationem vivere perseverarent.*

» Et déjà cette considération serait un motif de croire qu'en disant qu'il n'était pas nécessaire que les témoins comprissent l'idiôme du testateur, Ulpien et Paul n'appliquaient ou n'entendaient appliquer leur décision qu'au Testament écrit qui était généralement usité, et nullement au Testament nuncupatif qui ne se pratiquait que dans des cas extraordinaires.

» Mais nous espérons établir, sous plusieurs rapports, que cette décision ne se réfère effectivement et ne peut se référer qu'au Testament écrit *per æs et libram.*

» 1° Cujas a inséré en entier dans le premier tome de ses Œuvres, les cinq livres des sentences de Paul. Eh bien ! Après la sentence 15 du tit. 5, liv. 3, dans laquelle il est dit que le Testament n'est pas nul par cela seul que les témoins n'entendent pas le latin, vient la sentence 16 qui porte : « Il est » à propos que les témoins employés dans le » Testament, marquent, chacun de sa main, » et leurs noms, et le nom de celui sur le » Testament duquel ils apposent leurs ca- » chets » : *singulos testes, qui in testamento adhibentur, proprio chirographo adnotare convenit, quis et cujus testamentum signaverit.*

» La place que cette sentence 16 occupe immédiatement à la suite de la sentence 15, au titre 5, *de testamentis*, n'indique-t-elle pas que, dans la sentence 15, comme dans la sentence 16, Paul n'a parlé ni voulu parler que du Testament écrit ? Et cette indication ne se convertit-elle pas en preuve, si l'on considère que, dans les divers livres de ses sentences, ce jurisconsulte s'est souvent et formellement occupé du Testament écrit ou secret, et qu'il y a même consacré un titre exprès (le titre 6 du livre 4,) au mode d'ouverture, de publication et de dépôt des tablettes testamentaires ; tandis qu'on n'y trouve aucune mention, du moins explicite, du Testament nuncupatif ?

» 2° La loi 20, D. *qui testamenta facere possint*, s'occupe spécialement du Testament écrit *per æs et libram ;* et ce n'est que dans la loi 21 du même titre, qu'il est question du Testament nuncupatif.

» D'abord la loi 20, *in principio*, ci-dessus rapportée, témoigne qu'elle a pour objet le Testament écrit, quand elle dit que celui dont le nom est *écrit* dans le Testament, comme devant être tuteur, peut y être témoin.

» Elle dit en même temps qu'on ne peut pas être témoin dans le Testament où l'on est institué héritier ; et en cela, elle abroge un usage contraire qui avait existé anciennement, mais qui assurément n'avait pu exister qu'à l'égard du Testament écrit : car il serait absurde de supposer qu'en aucun temps, l'héritier nommé par un Testament nuncupatif, eût pu être témoin dans ce Testament même. Aussi Cujas, en expliquant cette loi, dit-il qu'anciennement l'héritier dont le nom n'était écrit que secrètement sur les tablettes testamentaires, pouvait être témoin dans le Testament *per æs et libram ;* au lieu que l'*emptor familiæ* n'avait jamais pu l'être, par la raison, sans doute, que, quoiqu'héritier fictif, il aurait trop ouvertement paru être témoin dans sa propre cause. *Et ad testamentum quidem per æs et libram heres* SECRETÒ *in tabulis scriptus olim adhiberi poterat, non etiam familiæ emptor....*

» Après quelques observations ultérieures sur le Testament écrit *per æs et libram*, et

Digitized by Google

sur les caractères qui le distinguent du Testament prétorien, Cujas aborde les §§. 8 et 9 de la même loi. Il dit que, par le mot *Veteres*, qui commence le §. 8, Ulpien entendait les anciens juristes qui avaient écrit sur le Testament *per æs et libram. Veteres eos vocat auctores Juris, qui de testamento per æs et libram scripserunt.*

» Il dit que, dans ce Testament, il intervenait deux choses, savoir : la vente de l'hérédité, et la nuncupation du Testament. *In eo duæ res interveniebant, familiæ mancipatio, et nuncupatio testamenti.* Et en quoi consistait cette nuncupation ? Nous l'avons déjà dit, elle consistait en ce que le testateur, les tablettes de son Testament à la main, devait prononcer la formule rapportée par Ulpien, et ci-dessus transcrite, *hæc uti his tabulis cerisve scripta sunt, ità do, etc.*

» Au bas de cette formule, Ulpien ajoutait : par nuncupation, on entend aussi l'action de tester, ou l'entière confection du Testament : *quæ nuncupatio, et testatio vocatur.* Et Cujas, en expliquant ces derniers mots d'Ulpien, dit : *et hæc postrema nuncupatio etiam testatio dicebatur, auctore Ulpiano ; atque ità testationem hic accipi oportet, dùm ait Veteres existimasse testes perseverare debere, donec suprema contestatio peragatur....*

» C'est donc bien évidemment du Testament écrit *per æs et libram*, qu'il s'agit dans le §. 8.

» De là, Cujas passe immédiatement au §. 9. Il y remarque avec Ulpien, qu'il n'était pas nécessaire que les témoins entendissent le latin que parlait le testateur ; et il observe que, le doute à cet égard était provenu de ce que, du temps d'Ulpien, et conséquemment avant que l'empereur Théodose eût permis de tester en grec (1), les Testamens ne pouvaient s'écrire qu'en latin, et que, par suite, les solennités mêmes du Testament *écrit* ne pouvaient se pratiquer ou se prononcer qu'en cette même langue : *Linguæ latinæ peritiam ab eis* (*testibus*) *non exigemus, quâ de re monet nos Ulpianus, quoniam antè Theodosium non nisi latinè testamenta* Scripta *valebant, idque erat etiam ex testamenti* Scripti *solemnitatibus.* Et quelles étaient ces solennités ? C'étaient, comme on vient de le voir, la mancipation ou la vente de l'hérédité, et la formule de nuncupation que le testateur devait prononcer devant les témoins, pendant qu'il tenait à la main les tablettes de son Testament. Cujas ne pouvait pas dire plus clairement que, dans le §. 9, comme dans le §. 8 de la loi 20, il ne s'agit que du Testament écrit *per æs et libram* ; d'autant mieux, que, dans sa dissertation sur cette loi, il ne parle du Testament nuncupatif que pour dire qu'à la différence du Testament écrit dont les dispositions sont essentiellement secrètes, celles du Testament nuncupatif dont il traitera sur la loi suivante, doivent être déclarées de vive voix aux témoins. *Et æa quidem sunt testamenti scripti solemnitates, quod eleganter Harmenopulus* μυστικὴν διαθήκην *vocat, quia in eo solemniter secreta voluntatis conferuntur, nec testibus enuntiantur... ; testamentum non scriptum, de quo dicetur in lege proximâ, testibus enuntiatur necessariò.*

» 3° Comparons le §. 9 de la loi 20, dont nous venons de parler, avec la loi 21 du même titre du Digeste.

» Cette dernière loi qui est aussi tirée d'Ulpien (*lib.* 2 *ad Sabinum*), déclare que les héritiers doivent être nommés hautement, de manière que leur nomination soit entendue : *Heredes palàm ità ut exaudiri possint, nuncupandi sunt.*

» La même loi dit ensuite que le testateur peut donc, ou nommer ses héritiers par nuncupation, ou les instituer par écrit : *licebit ergò testanti vel nuncupare heredes, vel scribere* (et par ces mots *heredes scribere*, la loi 21 se réfère évidemment au Testament écrit qui a déjà été l'objet de la loi 20).

» Mais (dit immédiatement la loi 21), s'il nomme ses héritiers par nuncupation, il doit les nommer hautement. *Sed si nuncupat, palàm debet.*

» Que signifie ici ce mot *palàm*, se demande le jurisconsulte ? *Quid est palàm ?* Il signifie, répond-il, que les héritiers doivent être nommés, non pas dans un lieu public, mais de manière que leur nomination puisse être entendue et qu'elle soit entendue en effet, non pas de tout le monde, mais des témoins. *Non utique in publicum, sed ut exaudiri possit : exaudiri autem non ab omnibus, sed à testibus.*

» Il ajoute que, s'il y a un plus grand nombre de témoins que la loi n'en exige, il suffit que la nomination soit entendue du nombre requis par la loi : *Et si plures fuerint testes adhibiti, sufficit solemnem numerum exaudire.*

» Cujas, sur cette loi, dit que le testament *per æs et libram* pouvait se faire, non-seulement par écrit, mais encore par simple nuncupation, et que les anciens avaient aussi usé du mode purement nuncupatif. Il en donne

(1) *V.* le §. 4 de la loi 21, au Code, *de testamentis.*

Digitized by Google

pour exemple le testament d'Horace qui, au moment où la présence de la mort ne lui laissait plus le temps nécessaire pour l'apposition des cachets sur les tablettes de son testament, nomma à haute voix l'empereur Auguste son héritier.

» Il faut donc, dit Cujas, en répétant les premiers termes de la loi, que le testateur déclare ses dispositions à haute voix, et de manière qu'elles soient entendues des sept témoins; et c'est en cela que le testament nuncupatif diffère essentiellement du testament écrit : car, ajoute-t-il, le testament écrit est secret et mystique; et il en est tout autrement du testament nuncupatif : *Heredes palàm ità ut exaudiri possint, nuncupandi sunt. Palàm igitur, id est, exaudientibus testibus septem. Et hoc maximè distat testamentum per nuncupationem à testamento scripto : nam testamentum scriptum secretum et mysticum est : testamentum quod nuncupatur, non item.*

» Et de cette différence même résulte précisément la conséquence immédiate que, si, à l'égard du testament écrit, il n'est pas nécessaire que les témoins entendent la langue parlée par le testateur, il est absolument indispensable qu'ils l'entendent à l'égard du testament nuncupatif.

» Pourquoi n'était-il pas nécessaire que les témoins entendissent la langue du testateur à l'égard du testament ecrit *per æs et libram ?* C'est, dit Ulpien, parcequ'il suffit que le témoin *sensu percipiat* (ou *sentiat*, comme le dit aussi Paul) *cui rei adhibitus sit.*

» En effet, le testament écrit existait par lui-meme sur les tablettes closes et secrètes : de sorte que si, après la mort du testateur, les témoins étaient appelés pour être présens à l'ouverture des tablettes, il suffisait qu'ils déclarassent avoir vu le testateur tenant les tablettes closes à la main, et avoir compris qu'elles contenaient son testament. Leur appel à cet effet était même si peu nécessaire que, si quelques-uns d'entre eux se trouvaient absens ou décédés, on n'en procédait pas moins à l'ouverture, et le testament n'en était pas moins valable.

» Le testament nuncupatif, au contraire, n'existait que dans la mémoire des témoins, et conséquemment il ne pouvait acquérir une consistance réelle, qu'autant qu'après la mort du testateur, les témoins allaient le constater par leurs dépositions devant le juge. Or, comment auraient-ils pu le constater, si chacun d'eux n'en avait pas clairement entendu les dispositions ?

» L'idée d'appliquer la décision d'Ulpien au testament nuncupatif, eût donc été trop inconséquente et trop absurde.

» 4° Nous pourrions ajouter, s'il en était besoin, ou si cette idée avait pu être admise, que le nouveau droit romain aurait dérogé à l'ancien.

» Ulpien, en effet, n'avait donné sa décision que pour le testament écrit *per æs et libram;* et ce testament fut aboli par les constitutions impériales.

» Les lois du Code de Justinien réorganisèrent, comme on l'a vu plus haut, le testament écrit et le testament nuncupatif; et la publication de ce Code fut postérieure à celle du Digeste.

» *Les empereurs* (dit Furgole, *Traité des testamens*, chap. 2, n° 13) *introduisirent une autre espèce de testament, appelé nuncupatif. Il n'était pas nécessaire de le rédiger par écrit; mais il suffisait que le testateur déclarât sa volonté en présence de sept témoins convoqués pour cela. Loi* 21, §. 2, et *loi* 26, C. de testamentis; §. 14, Instit. de testamentis ordinandis.

» *La forme du testament nuncupatif* (chap. 2, sect. 1, n°s 15, 16 et 17) *n'est pas si solennelle par le droit romain, que celle du testament par écrit; l'écriture n'y est point requise, quoiqu'on puisse l'y employer* probationis causâ : *loi* 4, D. de fide instrum.; *ni la signature des témoins, ni les sceaux..... Cette forme consiste en ce que le testateur, après avoir fait assembler sept témoins dans le même temps et même lieu, doit déclarer sa volonté à ces témoins, de manière* qu'ils l'entendent bien... *Il suffit donc que le testateur déclare sa volonté aux sept témoins, c'est-à-dire, qu'il explique le nom des personnes qu'il veut gratifier de son bien, soit à titre d'institution, de legs, ou de fidéicommis, et les autres parties de sa disposition : .... Loi* 26, C. de testamentis.

» *Lorsque toutes ces formalités* (même sect., n° 21) *étaient remplies, le testament était bon et très-efficace, nonobstant le défaut d'écriture :* §. 14, Instit. de testamentis ordinandis; *et il ne restait qu'à en faire la preuve par la résomption judiciaire des témoins qui avaient assisté à la nuncupation, et entendu la disposition du testateur.*

» *Tous les témoins* (chap. 2, sect. 5, n° 5) *doivent déposer, non-seulement sur toutes les dispositions déclarées par le testateur, telles qu'ils les ont entendues, loi dernière*, C. de testamentis, *ne suffisant pas même qu'ils s'en rapportent à l'écrit qui peut avoir été dressé pour servir de mémoire; mais encore ils doi-*

Digitized by Google

vent dire que le testateur les a déclarées ou prononcées en leur présence et celle des autres témoins.

» Il était tellement indispensable que les témoins eussent bien entendu les dispositions du testament nuncupatif, pour pouvoir en rendre, après la mort du testateur, un compte exact et fidèle, que, si quelqu'un d'eux venait à mourir, avant que cet objet fût rempli, le testament était comme non-avenu. Cela résulte de la nature même des choses; et c'est ce qu'ont remarqué, entre plusieurs autres auteurs, Furgole et Vinnius. *Nuncupativi autem testamenti* (dit ce dernier sur le §. 14 du titre précité des Institutes) *fides tota pendet à depositione testium, quibus mortuis aut aliquibus eorum cùm non sint, aut pauciores sint quàm requiruntur, qui sisti iterùm possint et in judicio testimonium dicere, necesse est irritam fieri defuncti voluntatem.*

» Tout s'oppose donc à ce que la décision d'Ulpien et la sentence de Paul puissent être appliquées au testament nuncupatif.

» Et quel nouveau degré de force les observations qui précèdent, n'acquièrent-elles pas, quand on sait que ces deux jurisconsultes ne décidèrent pas même de leur chef, qu'ils ne firent que recueillir un simple rescrit de l'empereur Marc-Aurèle, c'est-à-dire, une décision donnée sur une question particulière; décision qui, dans son principe, n'avait force de loi qu'en faveur de la personne qui l'avait obtenue; décision qui ne peut avoir été insérée dans le digeste, que parce qu'elle portait, ou qu'on la considérait comme portant uniquement sur le testament mystique?

» 5° Aussi tous les auteurs qui ont directement abordé la question, ont-ils regardé cette décision comme inapplicable au testament nuncupatif.

» Voici d'abord comment s'explique à cet égard Huberus, sur le titre précité des Institutes : *eadem ratio, quæ surdos et mutos repellit, videbatur obstare omnibus sermonem defuncti ob linguæ imperitiam non intelligentibus. Ideò enim testes adhibentur, ut si posteà de veritate rei gestæ controversia oriatur, testes quid viderint ac audiverint referre queant; id autem non magis ab eo qui linguam non callet quàm surdo quovis præstari potest. Scriptum tamen est in lege* 20, §. 9, D. hoc tit., *intelligentiam sermonis in teste non exigendam, ideòque eum, qui latinè non norit, rectè fieri testem, divus Marcus rescripsit, additâ ratione,* SI VEL SENSU PERCIPIAT QUIS, CUI REI ADHIBITUS SIT SUFFICERE. *Potest enim per interpretem scilicet referri quid in actu testandi sit gestum; cùm necessarium non sit visum ut omnes circumstantiæ à testibus commemorentur. Utique hæc res in testamento scripto conciliari potest,* IN NUNCUPATIVO HAUD PERINDE; NEC DE EO DICTA LEX 20, §. 9, ACCIPIENDA VIDETUR.

» Nous ne dissimulerons pas que l'annotateur d'Huberus s'est emparé de cette idée d'un interprète, énoncée par ce dernier, pour prétendre que cette idée peut s'appliquer au testament nuncupatif, comme au testament écrit.

» A cela, l'auteur a répondu : *Vocem* PERCIPIENDI *ad circumstantias, non ad dicta pertinere volui, quæ in mystico sive clauso testamento nulla de negotio ipso proferuntur. Ut autem in nuncupativo testatio ipsa per interpretem testibus exponatur, nec subtilitas unici contextûs, neque natura negotii ferre videtur.....*

» L'annotateur a répliqué; et il faut bien remarquer que, dans sa réplique, il commence par reconnaître qu'Ulpien ne donna sa décision que pour le testament écrit et mystique *per æs et libram : facilè mihi persuadeo jurisconsultum in lege* 20, §. 9, *cogitasse de testamento scripto et mystico quod per æs et libram fiebat.*

» Il persiste cependant à dire que, tout comme, selon Huberus, le fait de la mancipation, et la formule de nuncupation que devait prononcer le testateur en tenant à la main les tablettes de son testament, pouvaient être expliqués aux témoins par un interprète, de même les témoins pouvaient employer un interprète pour entendre les dispositions du testament nuncupatif.... Mais n'a-t-il donc pas vu que, dans l'hypothèse même où la loi aurait prescrit la voie d'un interprète, à l'égard du testament écrit, cette voie ne pourrait pas être étendue d'un cas où elle aurait été praticable à un cas tout différent? N'a-t-il pas vu qu'aux termes des lois précitées concernant le testament nuncupatif, les témoins devaient nécessairement entendre les dispositions du testateur par leurs propres oreilles, et non par celles d'un autre?

» C'est d'ailleurs surabondamment qu'Huberus a parlé d'interprète à l'égard du testament écrit. La loi n'en demandait pas. Il suffisait à ses yeux que les témoins vissent le testateur, et qu'ils conçussent par la seule force du sens commun à quel objet ils étaient employés.

» Et en effet, pour être témoin dans un testament, il fallait nécessairement être citoyen romain. Or, tout citoyen romain, quoique né grec, par exemple, et ne connaissant pas la langue latine, devait connaître la loi, il devait donc savoir comment se faisait un testament

Digitized by Google

écrit *per æs et libram*, ou quelles solennités on y observait; il devait donc concevoir, par le simple bon sens, que, pendant que le testateur, tenant des tablettes closes à la main, faisait avec ses lèvres les mouvemens qui caractérisent l'action de parler, il prononçait la formule de nuncupation rapportée par Ulpien, et que c'était son testament qui se trouvait écrit sur ses tablettes. Aussi la loi n'en exigeait-elle pas davantage. Rien n'empêchait pourtant que, pour plus grande précaution, on expliquât au témoin, par un interprète ou autrement, ce que faisait ou devait faire le testateur. Mais reste toujours que, puisque la loi se contentait que le témoin comprît, à l'aide du simple sens commun, ce à quoi il était employé, elle se contentait aussi qu'il pût rendre témoignage de ce qu'il aurait compris de cette manière; et c'est ce qu'a très-bien remarqué la glose, en disant avec Bartole : *Testis.... et debet testificari de eo quod sensu percepit.*

» Il n'était donc pas nécessaire qu'à l'égard du testament écrit ou mystique, on expliquât rien aux témoins, pas même par signes, quoique cela pût très-bien se faire.

» Et l'on n'oserait pas sans doute prétendre que le droit romain permit de faire un testament nuncupatif par signes (1). Cependant l'idée en aurait peut-être été moins absurde que celle de faire transmettre aux témoins, par un interprète, les volontés du testateur : car il aurait été rigoureusement possible que le testateur fît des signes assez démonstratifs pour mettre les témoins en état d'affirmer ses volontés par eux-mêmes : au lieu que, dans l'hypothèse de l'emploi d'un interprète, ils n'auraient pu les affirmer que sur la foi de cet interprète même; et la loi ne s'en rapportait qu'aux témoins eux-mêmes, au nombre qu'elle en avait prescrit, à leur foi directe, immédiate, et à leur unanimité.

» L'opinion de l'annotateur d'Huberus est d'ailleurs contraire à celle de tous les auteurs.

» La glose, sur le §. 9 de la loi 20, D. *qui testamenta facere possint*, et sur ces mots *non tamen intelligentiam sermonis exigimus*, fait cette remarque : *Dic quod nec ipse intelligit, scilicet seriem testamenti, et sic de testamento in scriptis loquitur. Secùs in alio, ut infrà, lege proximâ in principio.*

» Consultons aussi Vinnius, il nous dira sur le §. 6 du titre précité des Institutes : *Surdus quid dicatur sensu non percipit : imò nec moneri potest quid testator acturus sit, plurimùmque qui surdus, idem et mutus. Testes autem in dicendo testimonio interrogandi* (*per legem* 1, D. testamenta quemadmodum aperiantur); *nec testimoniis, sed testibus credendum* (l. 1, §. 2, D. de testibus). *Hinc etiam intelligitur, cur potiùs quàm surdus, admittatur qui sermonem testatoris non intelligit : nimirùm quia hic alid linguâ moneri potest, cui rei adhibeatur, et ipse testimonium dicere : singula enim percipere nihil necesse est* (l. 20, §. 9, D. qui Testamenta facere possint); *utique cùm testamentum per scripturam fit. Nam in nuncupativo hoc locum habere non puto, in quo totum negotium palàm explicatur, auribusque et sermoni testium permittitur.*

» Et sur le §. 14 du même titre, après avoir dit qu'à l'égard du testament nuncupatif, le testateur doit déclarer ses volontés *clarè et intelligenter, sic ut à testibus exaudiri et intelligi possit*, il ajoute : *proindè quod in testamento scripto necessarium non est, in nuncupativo omninò necessarium putamus ut testes intelligentiam habeant sermonis testatoris.....; et eo jure utimur*, continue-t il, en faisant allusion à la jurisprudence hollandaise.

» Interrogeons Hotomanus, sur le §. 6 de ce même titre, il répondra : *Dubitari potest quamobrem is qui testatoris linguam ac sermonem quo testamentum scribitur, non intelligit, potiùs quàm surdus admittatur. Opinor, quia plurimùm qui surdus, idem et mutus est : deindè, quia in testimonio dicendo interrogandus est. Prætereà dùm intelligatur quid negotii geratur* (*hoc est, cui rei testis adhibeatur, cujus testatoris gratiâ, quoque ordine res geratur*), *nihil necesse est singula percipi. Nam testamentum non lectum testes obsignant. Atqui moneri hospes sic potest, quid testator sit acturus : surdus verò non potest. Quæ tamen in scriptis, non etiam nuncupatis testamentis locum habere videntur, cùm illorum testimonium ferè ex tabulis ipsis constet, horum ex testium ipsorum auditione ac sermone.*

» Interrogeons Heineccius, dans ses *recitationes in Elementa juris civilis*; il répondra, §. 499 : *cùm pleraque quæ adhuc diximus, magis ad SCRIPTUM quàm ad nuncupativum testamentum pertineant, supe-*

(1) On pouvait seulement, aux termes de la loi 22, C. *de fideicommissis*, laisser un fidéicommis par signes, *nutu*; et encore cela ne s'entendait-il que des fidéicommis faits séparément ou hors du testament, comme l'observe Cujas dans sa consultation 36.

Digitized by Google

rest quæstio quid præcipuè in nuncupativis testamentis requiratur? Septem testes adesse debent...., æquè ac in testamento scripto. Ii non solùm testatorem videre debent, uti in scripto, VERUM ETIAM EUMDEM AUDIRE ET INTELLIGERE. HINC NON POTEST HIC ADHIBERI TESTIS *surdus, nec peregrinus* LINGUÆ TESTATORIS IGNARUS. *Ratio est, quia hic non ex scripturâ, sed ex testimonio testium præsentium constare potest quid testator voluerit; undè et in testamento nuncupativo testes, mortuo testatore, jurejurando obstringi solent. Quomodo verò jurabit peregrinus, hanc fuisse voluntatem testatoris, quam non intellexit?*

» Au reste, et comme l'observe Furgole (chap. 2, sect. 2, nos 23 et 24), pour remédier à l'inconvénient résultant de ce que le testament nuncupatif ne pouvait valoir qu'autant qu'il était affirmé par les dépositions des témoins après la mort du testateur, que souvent quelqu'un des témoins venait à prédécéder, et que, dès-là, le testament devenait inutile, l'usage s'était introduit en France de faire dresser par un notaire, avec les formalités prescrites par les lois romaines, un acte des volontés nuncupatives du testateur, afin de donner à ces volontés une forme authentique et probante. Mais, ajoute Furgole, ce testament *retenait toujours le nom et la nature de testament nuncupatif.*

» Et cet usage avait été converti en loi par l'ordonnance d'Orléans, et par l'ordonnance de 1735, qui voulaient que les testamens nuncupatifs fussent écrits.

» Par son art. 1er, cette dernière ordonnance déclarait nulles toutes dispositions testamentaires qui ne seraient faites que verbalement, et défendait d'en admettre la preuve.

» Par son art. 9, elle fixait les formalités du testament mystique ou secret, lesquelles (sauf la nécessité de l'apposition des sceaux des sept témoins, qui fut retranchée) étaient celles prescrites par la loi 21, C. *de testamentis.*

» Par son art. 5, elle réglait les formalités du testament nuncupatif, qui consistaient en ce que, conformément au §. 2 de la même loi du Code de Justinien, les dispositions de ce testament devaient être prononcées intelligiblement, en présence au moins de sept témoins (y compris le notaire), et sans divertir à autres actes, et en ce que, de plus, le notaire devait écrire lui-même ces dispositions à mesure qu'elles étaient prononcées, donner ensuite lecture du testament au testateur, faire mention de cette lecture, signer le testament, et le faire signer par le testateur, ou s'il ne savait ou ne pouvait signer, en faire mention, et le faire également signer par les témoins.

Ce n'était donc là que le testament nuncupatif des Romains, sauf qu'il était nuncupatif écrit, ainsi qu'il était dit dans le même art. 5.

» Et comme il se composait essentiellement de la nuncupation du testateur, c'est-à-dire, de la déclaration verbale de ses volontés, on conçoit que les témoins devaient nécessairement entendre la langue dans laquelle il était dicté, écrit et lu, de même qu'ils devaient l'entendre auparavant à l'égard du testament nuncupatif non écrit.

» Aussi Ricard, qui écrivait sous l'empire de l'ordonnance d'Orléans, soutenait-il fortement cette doctrine, dans son *Traité des donations et des testamens,* part. 1, nos 1603, 1604, 1605 et 1606 (1).

» Même décision dans Furgole qui, de tous les juristes, est celui qui a le mieux approfondi la matière des testamens, et qui écrivait sous l'ordonnance de 1735.

» La sect. 1re du chap. 3 de son traité est consacrée à poser les règles générales concernant les témoins testamentaires; et ces règles, au nombre de neuf, sont puisées dans cette ordonnance conférée avec le droit romain, à l'esprit duquel, dit-il, l'ordonnance s'était exactement attachée, et qui devait continuer d'être observée, hors le cas d'une dérogation formelle.

» Or, voici la règle qu'il pose relativement à notre question : *Cinquième règle. Il n'est pas nécessaire que le témoin entende la langue du testateur,* non tamen intelligentiam sermonis exigimus, *dit la loi* 20, §. 9, D. qui testamenta facere possint; *ce qu'il faut entendre du testament écrit* (2), *où il n'est pas nécessaire que le témoin connaisse la volonté du testateur : car il en devrait être autrement du testament nuncupatif, pour la validité duquel il est nécessaire que le témoin entende*

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence,* aux mots *Témoin instrumentaire,* §. 2, no 3-24°.

(2) Furgole désigne le testament mystique, tantôt sous le simple nom de *testament écrit* (comme Justinien dans ses Institutes, comme Cujas, Vinnius, etc.), tantôt sous le nom de *testament écrit et solennel,* tantôt sous celui de *testament solennel;* et le testament que les Romains appelaient testament *nuncupatif* ou *non écrit,* il le désigne sous cette simple dénomination de *testament nuncupatif,* alors même qu'il parle du testament *nuncupatif écrit,* tel qu'il était organisé par l'ordonnance de 1735.

Digitized by Google

la volonté du testateur de sa propre bouche; et c'est cette nuncupation qui fait l'essence de la disposition (*loi* 21, §. 2, *et loi dernière, au Code,* DE TESTAMENTIS).

» C'était dire nettement que sous l'empire de l'ordonnance, comme sous celui du pur droit romain, un testament nuncupatif aurait été nul, si les témoins ou quelqu'un d'entr'eux n'avait pas entendu la langue dans laquelle il avait été dicté, écrit et lu; d'autant mieux que Furgole a soin de remarquer les points de droit romain auxquels l'ordonnance de 1735 avait dérogé, et qu'il est bien loin d'énoncer aucune idée de dérogation en ce qui concerne la cinquième des règles par lui posées relativement aux témoins ».

Il résulte bien clairement de toute cette discussion, que la loi d'Ulpien ne pouvait pas s'appliquer, soit dans le doit romain, soit sous l'empire de nos anciennes ordonnances, même aux testamens nuncupatifs qui étaient rédigés par écrit, ou, en d'autres termes, aux testamens que le Code civil appelle *testamens par acte public.*

Et en effet, comment la leur aurait-on appliquée d'abord dans le droit romain?

Dans le droit romain, l'écriture n'était, dans ces sortes de testamens, qu'une formalité accessoire: la solennité testamentaire résidait tout entière dans la *nuncupation,* c'est-à-dire, dans la prononciation que faisait le testateur, à haute et intelligible voix, de ses dispositions; et il fallait que cette nuncupation se fît en présence des témoins. Or, comment aurait-elle pu être censée faite en leur présence, lorsqu'ils ne la comprenaient pas? La loi 209, D. *de verborum significatione,* ne déclarait-elle pas que, pour qu'on pût dire avoir été présent à un acte, il fallait avoir compris tout ce qui y avait été fait (*coràm Titio aliquid facere jussus, non videtur præsente eo fecisse, nisi id intelligat*)?

Sans doute, dans un testament mystique, où les témoins n'avaient à constater que le fait de la présentation qui leur était faite de l'écrit contenant les dispositions du testateur, et la clôture qui s'en faisait sous cachet devant eux, ils pouvaient très-bien, sans comprendre les paroles que prononçait le testateur en le leur présentant, acquérir, par ses gestes, une connaissance suffisante de l'objet qu'il avait en vue, et rendre ensuite témoignage de la manière dont les choses s'étaient passées.

Mais dans un Testament nuncupatif, même écrit, il était de toute nécessité que les dispositions du testateur fussent prononcées devant eux; et comment auraient-elles pu être censées prononcées devant eux, s'ils ne les comprenaient pas?

Comme le remarque très-bien M. Mailhe, dans la dissertation que je viens de transcrire, Ulpien lui-même, d'un écrit duquel a été tirée la loi 20, §. 9, D. *qui testamenta facere possint;* disait, dans un autre écrit d'où a été extraite la loi suivante du même titre, que, dans un Testament nuncupatif, il fallait que le testateur déclarât *manifestement* et de manière à pouvoir être entendu par les témoins, quels étaient les héritiers qu'il voulait instituer: *heredes palàm, ità ut exaudiri possint, nuncupandi sunt..... Sufficit solemnem numerum exaudire.*

Or, je le demande à tout homme de bonne foi, les témoins d'un Testament nuncupatif, auraient-ils été censés entendre quels héritiers le testateur voulait instituer, s'ils n'avaient pas compris la langue dans laquelle il les désignait? Que, même en ignorant sa langue, ils eussent compris et distingué les noms propres qu'il prononçait, à la bonne heure. Mais ces noms à quel effet les prononçait-il? Était-ce pour gratifier de simple legs ceux qui les portaient? Était-ce pour leur conférer une tutelle? Était-ce pour les instituer héritiers? Était-ce, au contraire, pour les déshériter? Tout cela devait être pour eux de pures énigmes.

En second lieu, quels changemens nos anciennes ordonnances avaient-elles faits au droit romain, en ce qui concernait les Testamens nuncupatifs? Elles n'en avaient fait qu'un seul: elles avaient converti en obligation rigoureuse, ce qui n'était, dans le droit romain, qu'une pure faculté: elles avaient exigé que les Testamens nuncupatifs fussent rédigés par écrit. Et qu'avaient-elles fait par là? Rien autre chose que substituer au mode incertain et fragile qu'autorisait le droit romain pour prouver que les témoins avaient entendu et compris les dispositions prononcées par le testateur, un mode beaucoup plus simple et plus sûr. Chez les Romains, les dispositions orales du testateur et l'observation des formalités qui devaient en précéder et accompagner la prononciation, étaient confiées à la mémoire des témoins qui, après sa mort, se réunissaient devant le juge, lequel, sur le compte qu'ils lui en rendaient, en dressait procès-verbal; et de là, résultaient deux inconvéniens: d'une part, les témoins pouvaient mourir avant le testateur; et dans ce cas, ses dispositions, faute de preuves, restaient sans effet; de l'autre, quoiqu'il fût difficile que sept citoyens s'enten-

Digitized by Google

dissent pour supposer un Testament nuncupatif auquel n'avait pas pensé le défunt à qui ils l'imputaient, cela n'était pourtant pas impossible. Pour parer à ces inconvéniens, nos coutumes et l'ordonnance de 1735 avaient voulu, comme le veut encore le Code civil, qu'au lieu d'attendre la mort du testateur pour rendre témoignage de ses dispositions nuncupatives, les témoins les certifiassent à l'instant même où il les aurait prononcées, et qu'ils en scellassent la certification par leurs signatures au bas de son Testament; elles avaient voulu qu'ils attestassent par leurs signatures tout ce qui s'y trouverait énoncé, c'est-à-dire, que le Testament avait été dicté par le testateur et écrit par le notaire en leur présence, tel qu'il avait été dicté, que le notaire leur en avait donné lecture, aussi bien qu'au testateur, et qu'ils y avaient retrouvé toutes les dispositions dont la dictée avait frappé leurs oreilles. Mais par là-même, elles avaient nécessairement voulu qu'ils comprissent ces dispositions et que par conséquent ils entendissent la langue dans laquelle le testateur les avait exprimées, tout comme, chez les Romains, il était de toute nécessité que les témoins du Testament purement nuncupatif entendissent la langue parlée par le testateur, pour pouvoir en rendre témoignage au juge.

Aussi de tous les auteurs qui ont écrit sur les Testamens sous l'empire de nos anciennes ordonnances, n'y en a-t-il pas un seul qui contredise la doctrine professée par Ricard et Furgole dans les passages ci-dessus cités : il y en a, au contraire, un très-grand nombre qui l'appuient et la confirment.

Roussaud de la Combe, dans sa *jurisprudence civile*, au mot *témoins*, sect. 4, nos 5 et 15, dit que *les témoins doivent entendre la langue dans laquelle le testateur dicte ses dispositions, les témoins étant appelés* PROBATIONIS CAUSA ET NON SOLEMNITATIS.

Bourjon, dans son *droit commun de la France*, tome 2, tit. 2, §. 4, s'exprime à peu près dans les mêmes termes : *Les témoins doivent entendre la langue dans laquelle le Testament a été rédigé,* A PEINE DE NULLITÉ..... *En effet, s'ils ne l'entendaient pas, comment pourraient-ils en attester la vérité?*

Despeisses, titre *des Testamens*, part 2, sect. 4, no 101, et Ferrières, sur la coutume de Paris, art. 289, glose 4, no 10, tiennent le même langage.

En un mot, c'était une opinion générale en France et même dans les pays de droit écrit, avant le Code civil, que la loi d'Ulpien était inapplicable au Testament qui, d'après la forme que le testateur avait choisie pour exprimer ses dernières volontés, devait être dicté par lui au notaire en présence des témoins.

Eh! Comment y serait-elle applicable aujourd'hui que les lois romaines ont perdu en France toute espèce d'autorité législative? Elle n'y pourrait plus valoir que comme *raison écrite;* et assurément la raison s'oppose, aujourd'hui comme précédemment, à ce qu'on l'applique à des Testamens par acte public.

Art. II. *Examen de la question d'après le Code civil.*

Observons d'abord que le *Testament par acte public* du Code civil, n'est pas autre chose que le *Testament nuncupatif* du droit romain, et le *Testament nuncupatif écrit* de l'ordonnance de 1735.

On a vu plus haut que, dans le droit romain, la forme essentielle du Testament nuncupatif consistait, de la part du testateur, à prononcer ses dispositions ouvertement, *palàm*, de manière à être entendu par les sept témoins qu'il y avait appelés.

L'ordonnance de 1735, en maintenant cette manière de tester, n'avait fait qu'y ajouter impérativement une formalité de plus qui, dans le droit romain, était de pure faculté : elle avait voulu que les dispositions du Testament nuncupatif fussent rédigées par écrit : « lorsque le testateur voudra faire un » Testament nuncupatif écrit (avait-elle dit, » art. 5), il en *prononcera intelligiblement* » *toutes les dispositions en présence au moins* » *de sept témoins*, y compris le notaire, le- » quel écrira lesdites dispositions à mesure » qu'elles seront prononcées par le testa- » teur..... ».

L'art. 23 de la même ordonnance n'exigeait que la présence de deux notaires ou d'un notaire et de deux témoins dans les Testamens nuncupatifs des pays de coutume; mais il voulait également que le testateur dictât ses dispositions au notaire qui les écrivait; or, qu'est-ce que *dicter?* C'est, répond le dictionnaire de l'académie française, *prononcer mot à mot ce qu'un autre écrit en même tems.* La dictée prescrite par l'art. 23 de cette ordonnance, n'était donc que l'action de *prononcer intelligiblement* prescrite par l'art. 5, ou, en d'autres termes, que la *nuncupation* du droit romain.

Ce n'est donc aussi que la *nuncupation* du droit romain, ce n'est donc aussi que l'action de *prononcer intelligiblement*, que le Code civil a en vue, quand il dit, art. 971 et 972,

Digitized by Google

que le Testament par acte public sera reçu, ou par deux notaires *en présence de deux témoins*, ou par un notaire *en présence de quatre témoins*, qu'il sera *dicté par le testateur*, et *écrit par le notaire tel qu'il a été dicté*. Le Testament par acte public n'est donc, sous le Code civil, que ce qu'était le Testament nuncupatif sous le droit romain, lorsqu'il était rédigé par écrit, que ce qu'il était et devait toujours être sous l'ordonnance de 1735.

Il en diffère cependant en ce qu'il n'exige pas un aussi grand nombre de témoins que l'ordonnance de 1735, d'accord avec les lois romaines, en requérait pour les pays de droit écrit; et qu'au contraire, il en exige plus que cette ordonnance n'en prescrivait pour les pays coutumiers.

Mais cette différence, purement accessoire, ne lui ôte nullement son caractère essentiel de Testament nuncupatif; et c'est ce que prouve clairement la raison pour laquelle l'*exposé des motifs* du titre *des donations et testamens* nous apprend qu'elle a été introduite dans le Code civil : « quant aux Testa-
» mens par acte public (y est-il dit), on a
» pris un terme moyen entre les solennités
» prescrites par le droit écrit et celles usitées
» dans les pays de coutume. Il suffisait, dans
» ces pays, qu'il y eût deux notaires, ou un
» notaire et deux témoins. Dans les pays de
» droit écrit, les Testamens nuncupatifs écrits
» devaient être faits en présence de sept té-
» moins au moins, y compris le notaire. La
» liberté de disposer ayant été en général
» beaucoup augmentée dans les pays de cou-
» tume, il était convenable *d'ajouter aux*
» *précautions prises pour constater la vo-*
» *lonté des testateurs*; mais en exigeant *un*
» *nombre des témoins* plus considérable que
» celui qui est *nécessaire pour atteindre à ce*
» *but*, on eût assujéti ceux qui disposent à une
» grande gêne, et peut-être les eût-on exposés
» à se trouver souvent dans l'impossibilité de
» faire ainsi dresser leurs Testamens. Ces mo-
» tifs ont déterminé à régler que le Testament
» par acte public sera reçu par deux notaires
» en présence de deux témoins, ou par un
» notaire en présence de quatre témoins ».

Si donc, sous l'ordonnance de 1735, il était nécessaire, suivant Furgole, Roussaud de la Combe et Bourjon, s'il l'était même, suivant Despeisses et Ferrière, sous l'ordonnance d'Orléans de 1560 et nos anciennes coutumes, que les témoins du Testament nuncupatif entendissent la langue dans laquelle il était dicté et écrit, comment pourrait-il en être autrement aujourd'hui?

C'est, dit-on, parceque l'art. 980 du Code civil n'exige d'autres qualités dans les témoins employés aux Testamens, que celles de *mâles, majeurs, sujets du roi et jouissant des droits civils*.

Mais que fait le législateur dans cet article? Rien de plus que ce qu'avaient fait les art. 39 et 40 de l'ordonnance de 1735 : comme ces deux articles, il détermine les qualités *civiles et politiques des témoins*; et comme eux, il se tait sur leurs qualités *accidentelles*.

Quelle raison y aurait-il, dès-lors, de tirer de l'art. 980 du Code civil, en faveur de la capacité des témoins qui n'entendent pas la langue dans laquelle le Testament est dicté, écrit et lu, une conséquence que l'on n'a jamais pensé à faire sortir des art. 39 et 40 de l'ordonnance de 1735?

Pourquoi d'ailleurs, dans l'art. 980 du Code civil, le législateur s'est-il occupé des qualités *civiles et politiques* des témoins? Parceque ces qualités sont, par elles-mêmes, fixes, absolues, indépendantes de toute circonstance; et qu'il importait d'autant plus d'établir, à cet égard, des règles uniformes pour toute la France, qu'elle comprenait alors dans son territoire des pays où, par exemple, les femmes pouvaient être témoins dans les Testamens (1).

Et pourquoi ne s'est-il pas occupé des *qualités accidentelles* dont l'absence paralyserait la capacité civile et politique des témoins dans l'accomplissement de la mission à laquelle il les a appelés? Parcequ'il a dû supposer que l'on ne prendrait pour témoins testamentaires, que des personnes réunissant ces qualités, parcequ'il a dû supposer que les personnes qui seraient prises pour témoins dans les Testamens, auraient l'usage de tous leurs sens, qu'elles verraient tout ce qui serait fait, qu'elles entendraient tout ce qui serait prononcé devant elles. Et en effet, qui dit un *témoin*, dit nécessairement un homme qui peut rendre compte de ce qu'il a vu et entendu. Que penserait-on d'un Testament où seraient intervenus des témoins aveugles, sourds, ivres ou frappés de démence? Très-certainement on le déclarerait nul, quoique le Code civil ne parle, relativement aux témoins testamentaires, ni de la démence, ni de la cécité, ni de l'ivresse, ni de la surdité. Or, quelle différence y a-t-il entre un témoin sourd ou privé de la raison, et un témoin qui ne comprend pas la langue dans laquelle le

(1) *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Témoin instrumentaire*, §. 1, n° 3.

Digitized by Google

Testament est écrit par le notaire, à mesure qu'il est dicté par le testateur? Pas la moindre.

Aussi les magistrats et les jurisconsultes qui ont écrit sur le titre *des donations et Testamens* du Code civil, sont-ils, à cet égard, parfaitement d'accord avec ceux qui avaient écrit sur nos coutumes, sur l'ordonnance d'Orléans de 1560 et sur celle de 1735.

« Les témoins (dit M. Grenier, dans son » *Traité des Donations*, part. 2, n° 255) » doivent entendre la langue en laquelle le » Testament a été dicté et rédigé; celui qui » n'a pu entendre ni ce qui a été dit, ni ce » qui a été lu, n'a certainement pu le com- » prendre, et être en état d'en rendre » compte..... La présence des témoins aux » Testamens est surtout exigée pour attester » que le notaire a rendu fidèlement les dis- » positions qui lui ont été dictées par le tes- » tateur. Or, des témoins qui ignoreraient » la langue française, pourraient-ils donner » cette certitude? Comment pourraient-ils » offrir cette garantie si nécessaire dans les » actes de dernière volonté »?

M. Maleville, dans son *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au conseil d'état*, observe d'abord, sur l'art. 972, que le notaire doit énoncer qu'il a écrit lui-même le Testament, mais qu'il ne doit pas écrire en patois un Testament qui lui a été dicté dans cet idiôme, et que d'ailleurs, suivant une ancienne loi, tous les Testamens doivent être écrits en français. Puis il ajoute : « cette loi a donné lieu à une autre question. » Peut-on prendre pour témoins, dans les » pays réunis, des personnes qui n'entendent » pas le français? Eh non sans doute (ré- » pond-il) : autant vaudrait-il, qu'il n'y en » eût pas ».

Même doctrine dans le *droit civil français* de M. Toullier, liv. 3, tit. 2, chap. 5, n° 393 : « ceux qui n'entendent pas la langue » du testateur, sont comparables aux sourds » et ne peuvent être témoins ».

Ces auteurs ne font, comme l'on voit, que proclamer une conséquence qui découle directement de la pensée du législateur que l'orateur du gouvernement a si manifestement signalée dans l'*exposé des motifs* du titre *des donations et Testamens* du Code civil, quand il a dit que la présence des témoins au Testament par acte public, est une *précaution prise pour constater la volonté du testateur*, et qu'un terme moyen entre le nombre des témoins exigé par le droit romain et celui que prescrivaient les coutumes, suffit *pour atteindre à ce but*.

Elle se reproduit donc dans toute sa force, sous le Code civil, la raison qui, sous l'ordonnance de 1735, faisait généralement regarder la connaissance de la langue employée dans le Testament nuncupatif écrit, comme aussi indispensable dans les témoins, qu'elle l'était par le droit romain.

Mais que disons-nous *aussi indispensable?* Elle l'était bien plus sous l'ordonnance de 1735, comme elle l'est encore sous le Code civil, pour le Testament nuncupatif écrit, qu'elle ne l'était dans le droit romain pour le Testament purement nuncupatif.

Chez les Romains, pour imputer à un mort un Testament nuncupatif qu'il n'eût pas fait, il eût fallu trouver sept témoins également audacieux et pervers; et cela n'était pas facile.

Parmi nous, au contraire, rien ne serait plus aisé, s'il n'était pas nécessaire que les témoins du Testament par acte public comprissent la langue dans laquelle il est rédigé. Il ne s'agirait que d'avoir à sa disposition un notaire qui, n'ayant point de surveillans à craindre, substituerait aux dispositions que lui dicterait le testateur, des dispositions qui s'en écarteraient absolument, et ferait semblant, lorsqu'il en viendrait à la lecture, de lire les unes en passant les autres sous silence.

Ce genre de faux n'est pas sans exemple, et ce qui le prouve, c'est que l'art. 146 du Code l'a prévu et l'a puni des travaux forcés à perpétuité.

Eh! Qui pourrait concevoir que le législateur, en le prévoyant, en établissant des peines pour le punir, eût rendu impossible l'application de ces peines, en permettant d'appeler au Testament que l'on voudrait ainsi forger, des témoins qui ne comprendraient ni ce qui serait dicté par le testateur ni ce qui serait écrit par le notaire?

Aussi ne l'a-t-il pas permis : il l'a, au contraire, défendu, sinon en termes exprès, du moins d'une manière qui, bien qu'implicite, ne laisse pas d'être extrêmement claire.

En effet, le Code civil n'exige pas seulement que le testateur prononce oralement ses dernières volontés en présence du notaire et des témoins : il veut encore, art. 972, à l'exemple de l'ordonnance de 1735, que le notaire, après les avoir écrites, en fasse la lecture, qu'il la fasse au testateur, que les témoins y soient présens, et que tout cela soit constaté par une mention expresse. Et comment remplir ces formalités, si les témoins n'entendent pas la langue employée dans le Testament? Les témoins peuvent-ils être cen-

Digitized by Google

sés présens à une lecture qu'ils ne comprennent pas? On doit du moins convenir que l'accomplissement exact et ponctuel de ces formalités est alors physiquement impossible.

Mais ne peuvent-elles pas être remplies par une sorte d'équipollence, et ne sont-elles pas censées l'être suffisamment, si le notaire, entendant à la fois la langue dans laquelle il rédige le Testament, et celle que parlent les témoins, commence par faire une lecture littérale de ce qu'il a écrit, et en fait ensuite une seconde, non pas littéralement, mais par interprétation? Ces deux lectures successives ne remplissent-elles pas le vœu de la loi? Non, elles ne le remplissent pas, et c'est une vérité extrêmement sensible.

Tout le monde convient que, pour exécuter, en cette partie, la règle établie ou plutôt renouvelée par le Code civil, il faut que la lecture soit faite simultanément au testateur et aux témoins; et que deux lectures faites successivement, l'une au testateur en l'absence des témoins, l'autre aux témoins en l'absence du testateur, n'atteindraient pas le but de la loi.

Or, il y a nécessairement deux lectures successives et séparées dans l'opération que je suppose, puisqu'après en avoir fait une première pour le testateur, le notaire en fait, par interprétation, une seconde pour les témoins.

Sans doute, le vœu de la loi ne serait qu'outrepassé, et il serait plus que suffisamment rempli par deux lectures faites successivement dans la même langue entendue par tous ceux qui figurent dans l'acte; mais comment pourrait-il l'être, dès que les témoins n'entendant pas la langue dans laquelle a été faite la première lecture, il en est fait pour eux une seconde dans la langue qu'ils entendent?

De deux choses l'une : ou le testateur n'entend pas la langue dans laquelle cette seconde lecture est faite, ou il entend cette langue, aussi bien que celle dans laquelle la première a eu lieu.

Au premier cas, les deux lectures doivent nécessairement être considérées comme faites, l'une au testateur séparé des témoins, l'autre aux témoins séparés du testateur. Soutenir le contraire, ce serait vouloir que le législateur, en prescrivant la lecture au testateur *en présence des témoins*, n'eût point exigé que ceux-ci comprissent ce qui serait lu à celui-là; ce serait vouloir qu'il se fût contenté d'une lecture faite au testateur en présence de témoins endormis ou frappés de léthargie; et ce serait une absurdité que condamne déjà suffisamment la loi 209, D. *de verborum significatione*.

Au second cas, le but que la loi s'est proposé en exigeant la lecture, est nécessairement manqué. Quel est-il ce but? C'est de constater que les témoins, en entendant la lecture du Testament, se sont assurés par leurs propres oreilles, que les dispositions écrites sont parfaitement conformes aux dispositions dictées. Or, le moyen que les témoins acquièrent cette certitude, s'ils n'ont pas compris les dispositions dictées, à l'instant même où elles sont sorties de la bouche du testateur?

Dira-t-on que le testateur et le notaire sont là pour les en certiorer?

Mais d'abord, l'assurance que leur en donnent le notaire et le testateur, ne peut pas avoir plus d'effet que n'en aurait celle qu'ils auraient par eux-mêmes, s'ils comprenaient la langue dans laquelle le Testament a été dicté et écrit. Or, dans cette hypothèse, il ne suffirait pas qu'ils entendissent la lecture des dispositions écrites : il faudrait encore (comme je l'établirai plus particulièrement ci-après) qu'ils eussent préalablement entendu et compris les dispositions dictées, avant qu'elles fussent rédigées par écrit.

Ensuite, quand on supposerait, quand le Testament même constaterait, que les dispositions du testateur ont été interprétées aux témoins au fur et à mesure que le testateur les dictait, comme elles le sont encore après la lecture faite au testateur lui-même, où serait la garantie légale de la fidélité de cette interprétation? La loi veut, encore une fois, que les témoins sachent par eux-mêmes ce qui se fait en leur présence; et elle le veut par cela seul qu'elle exige le concours des témoins avec le notaire, puisque ce concours serait évidemment inutile, si la présence des témoins pouvait n'être que matérielle. Quelle ressource y aurait-il donc pour suppléer, à cet égard, au défaut de leur connaissance personnelle, et les certiorer légalement de la fidélité d'une interprétation qu'ils ne peuvent pas vérifier personnellement? Serait-ce l'assertion du notaire qui fait l'interprétation? Mais le notaire n'est point établi par la loi interprète des témoins; et il serait absurde de lui en supposer le caractère, alors qu'il est si évident que les témoins sont appelés par la loi conjointement avec lui pour partager ses fonctions, pour en surveiller l'exercice? Serait-ce l'assertion du testateur qui entend l'interprétation et qui l'approuve? Non, et bien loin de là : c'est sur la foi des

Digitized by Google

témoins que repose celle que la loi accorde au testateur; et l'on voudrait que la foi des témoins, au lieu d'être la base de celle du testateur, n'en fût qu'une dépendance! Quoi de plus opposé aux plus simples notions de la raison naturelle! L'homme n'a point lui-même le droit de disposer de ses biens pour un temps où il ne sera plus : ce n'est qu'à la bienveillance de la loi qu'il est redevable de ce droit; mais la loi ne le lui accorde qu'à la charge d'observer rigoureusement toutes les formalités qu'elle prescrit pour s'assurer que les dispositions qu'il laissera, seront la pure expression de sa volonté. Or, cette assurance, comment la loi l'aurait-elle, si l'observation de ces formalités ne se trouvait constatée que par la déclaration du testateur lui-même, si ce n'était pas sur la foi des témoins, mais sur la sienne, que reposerait la certitude de la conformité de sa dictée à l'interprétation donnée par le notaire?

Oserait-on soutenir la validité d'un Testament reçu par un notaire qui, n'entendant pas la langue dans laquelle le testateur le lui aurait dicté, ne l'aurait écrit que d'après l'interprétation que les témoins lui en auraient faite? Je ne crains pas de dire que personne ne serait assez insensé pour aller jusques-là (1). C'est pourtant jusques-là qu'il faut aller pour embrasser le système que je combats; car la loi n'accorde pas plus de confiance au notaire isolé des témoins, qu'elle n'en accorde aux témoins isolés du notaire : elle se fie au concours du notaire et des témoins agissant ensemble et sachant chacun individuellement ce qu'ils font; mais séparés, ils ne sont plus rien à ses yeux; et il faut bien les considérer comme séparés, soit lorsque, pour savoir ce qu'il fait, le notaire a besoin de l'aide des témoins, soit lorsque, pour savoir ce qu'ils font, les témoins ont besoin de l'aide du notaire.

Art. III. *Réponse aux inconvéniens que l'on oppose à cette doctrine.*

D'une part, les inconvéniens que présente une opinion douteuse, peuvent bien contribuer à faire penser qu'elle n'est pas conforme à l'intention du législateur. Mais quand c'est la loi elle-même qui parle, quand son esprit se manifeste, comme ici, avec le plus grand éclat, les inconvéniens ne sont plus *rien*, au moins pour le pouvoir judiciaire : le législateur seul a le droit de les prendre en considération.

D'un autre côté, quels inconvéniens peut-il

(1) Que l'on n'objecte pas à ce que j'avance ici, un arrêt de la cour de cassation, du 19 décembre 1815 (rapporté dans le *Journal des audiences* de cette cour, année 1816, page 158), qui a jugé, en cassant un arrêt de la cour de Colmar, qu'une convention faite entre deux parties, peut être reçue et rendue authentique par un notaire qui n'entend pas leur langue, mais à qui l'un des témoins instrumentaires sert d'interprète.

D'abord, on ne peut pas argumenter des conventions aux testamens; et cela est si vrai que M. Toullier qui, dans le tome 8, page 170, de son *Droit civil français*, reconnaît pour valable et authentique toute convention de l'espèce de celle dont il s'agissait lors de cet arrêt, ne laisse pas de décider, tome 5, page 396, que *les témoins qui n'entendent pas la langue du testateur, sont comparables aux sourds*, assertion qui amène nécessairement la conséquence que le testament dans lequel serait employé un tel témoin, serait nul, encore que le notaire eût fait à ce témoin l'interprétation des dispositions du testateur.

En second lieu, casser n'est pas répondre; et l'arrêt de la cour de cassation, du 19 décembre 1815, ne répond nullement aux motifs sur lesquels reposait celui qu'il casse. Que faut-il pour qu'un acte entre-vifs soit authentique? Qu'il soit reçu par un notaire et deux témoins. Ce n'est donc qu'au concours du notaire et des deux témoins, que la loi accorde le degré de confiance d'où naît l'authenticité de l'acte. Or, ce concours existe-t-il, lorsque le notaire ne sait pas par lui-même ce dont les parties conviennent devant lui? Qu'il puisse appeler un interprète, pour le lui expliquer, à la bonne heure : cet interprète, surtout s'il est assermenté, sera un autre lui-même; et le vœu de la loi qui exige le concours de trois personnes pour constater authentiquement les intentions des parties contractantes, sera rempli. Mais prendre cet interprète parmi les deux témoins qui l'assistent, c'est effectivement réduire à deux (et même à un seul, s'il n'y a qu'un des deux *témoins* qui entendela langue des parties), les trois témoignages que la loi exige.

M. Toullier oppose à cela deux raisons qui ne me touchent pas du tout.

La première est que l'art. 369 du Code des délits et des peines permettait de prendre, parmi les témoins ou les jurés, l'interprète dont la diversité des langues parlées par l'accusé et les témoins, peut nécessiter l'intervention dans un procès criminel.

Mais, 1° ce que permettait, à cet égard, l'art. 369 du Code du 3 brumaire an 4, l'art. 332 du Code d'instruction criminelle de 1808 l'a défendu; et pourquoi? Parcequ'il a été reconnu dans la discussion du projet de ce dernier Code, que cette permission était contraire aux principes.

2° Cette permission n'était pas absolue : elle était subordonnée au *consentement de l'accusé et de l'accusateur public;* preuve que, sans ce consentement, il serait résulté de l'emploi d'un juré ou d'un témoin en qualité d'interprète, une nullité qui eût été de droit; et bien certainement on ne dira pas que

Digitized by Google

résulter, dans le pur et véritable esprit du Code civil, de la nécessité qu'il établit implicitement de n'employer dans un Testament par acte public, que des témoins sachant la langue dans laquelle les dispositions du testateur sont écrites? Pas le moindre; car, partout où est usité un idiôme différent de la langue française, cet idiôme est connu de tout le monde; et les notaires pouvant écrire leurs actes dans cet idiôme, il n'est pas un seul citoyen qui, y étant appelé comme témoin, ne puisse en comprendre toutes les clauses.

Tel était, dans le fait, l'état des choses, lorsqu'a été décrété, le 11 floréal an 11, le titre du Code civil *des donations et Testamens*. Il ne pouvait donc pas alors entrer dans la pensée du corps législatif, que l'obligation qu'il imposait implicitement aux testateurs de n'employer pour témoins que des personnes entendant la langue dans laquelle ils disposeraient, pût entraver le moins du monde la confection des Testamens; et dès-lors, à cette époque, point d'inconvénient attaché à cette obligation; dès-lors, par conséquent, point de prétexte pour dire que cette obligation n'a pas pu, comme entraînant des inconvéniens graves, entrer dans la pensée du législateur.

D'où est donc venu l'inconvénient que relèvent les antagonistes de la thèse que je défends?

Il est venu de l'arrêté du gouvernement du 24 prairial an 11 qui a interdit, dans les actes notariés, tout autre idiôme que la langue française (1).

Mais faisons y bien attention: un arrêté postérieur à la promulgation du titre *des donations et Testamens* du Code civil, n'a pas pu changer l'esprit dans lequel les divers articles de ce titre avaient été décrétés. Il a bien rendu plus difficile l'exécution du 972e de ces articles, mais il n'a pas pu en intervertir le sens; il n'a pas pu faire qu'une manière de tester prohibée par cet article, se trouvât permise.

Ce n'est pas tout. En obligeant les notaires même basques, bas-bretons, flamands ou allemands, de rédiger des Testamens en français, et par conséquent de n'y employer que des témoins entendant la langue française, il n'a attaché aucune espèce de peine à l'infraction de cette règle de pure discipline; il n'a surtout pas annulé les Testamens que des notaires prendraient sur eux de ridiger en allemand, en flamand, en basque, ou en bas-breton (2); il leur a encore moins défendu

---

des parties contractantes puissent, par leur consentement mutuel, déroger aux conditions desquelles la loi fait dépendre l'authenticité des actes.

La seconde raison de M. Toullier est que, d'après les réglemens existans, le notaire peut lui-même servir d'*interprète ou de traducteur* aux contractans qui parlent une langue étrangère, lorsqu'il l'entend.

Mais ces réglemens se bornent à dire que le notaire pourra joindre à l'acte qu'il écrira en français, une traduction en langue étrangère *à mi-marge*; ils n'ajoutent pas qu'il pourra, si les deux témoins ignorent la langue parlée par les parties contractantes, servir d'interprète à ces témoins, et les habiliter, par là, à remplir leurs fonctions. Cela est même si éloigné de l'esprit de ces réglemens, que le ministre de la justice qui les avait rédigés, écrivait, le 4 thermidor an 12, que *cette traduction n'aurait pas l'authenticité de la rédaction française*. (*V.* le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Langue française*, n° 5.)

Du reste, on ne serait pas mieux fondé à m'opposer l'arrêt de la cour royale de Paris, du 28 décembre 1818, qui juge valable (comme on peut le voir dans le *Journal des audiences de la cour de cassation*, année 1820, part 2, page 13) le testament fait en pays étranger par un Français devant un notaire de ce pays qui, n'entendant pas la langue du testateur, s'était fait expliquer ses dispositions par un interprète. Il est évident, et l'article 997 du Code civil lui-même prouve que ce n'était pas d'après ce Code que l'on devait apprécier un pareil testament.

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Langue française*, n° 2.

(2) C'est l'observation de M. Toullier, dans son *Droit civil français*, liv. 3, tit. 2, chap. 5, n° 459: « il n'existe (dit-il) ni peine contre les notaires qui » contreviendraient aux dispositions de l'arrêté du » 24 prairial an 11, ni nullité prononcée contre les » actes publics ou testamens rédigés en une autre » langue qu'en français; car ni les nullités ni les peines ne peuvent se suppléer ».

Qui croirait qu'il ait pu lui-même revenir sur une doctrine aussi pure, aussi évidente? C'est cependant ce qu'il a fait, liv. 3, tit. 3, chap. 6, n° 101. Sa raison est que les anciennes lois françaises déclaraient nuls les actes publics rédigés en une autre langue qu'en français, et qu'il n'y a été dérogé par aucune loi postérieure.

Mais ces *anciennes lois françaises*, quelles sont-elles? De l'aveu de M. Toullier, il n'y en a pas d'autres qu'un édit du mois de décembre 1684 pour la Flandre maritime, un arrêt du conseil du 30 janvier 1685 pour l'Alsace, un édit du mois de février 1700 pour le Roussillon, et une déclaration du 24 mars 1754 pour le même pays.

Or, 1° l'édit du mois de décembre 1684 n'est relatif qu'aux procédures et aux jugemens: il ne dit pas le mot des actes notariés; et je puis assurer que les notaires de la Flandre maritime ont continué, long-

Digitized by Google

de rédiger les Testamens sur une double colonne originale, l'une en français, l'autre en langue du pays.

Enfin, à tout prendre, la faculté de tester en flamand, en allemand, en basque ou en bas-breton dans la forme olographe, est demeurée entière après comme avant l'arrêté dont il s'agit (1).

Art. IV. *Examen des arrêts rendus sur cette question.*

Je trouve dans le *Manuel du droit français*, sur l'art. 980 du Code civil, une note ainsi conçue : « Un Testament par acte authentique est nul, si les témoins ne savent pas la langue dans laquelle il est rédigé. Cour de Limoges, 4 février 1809 ».

Mais je ne me prévaus pas de cet arrêt, parceque je n'en connais pas l'espèce précise. Je me borne à passer en revue les arrêts qui ont jugé ou pourraient paraître avoir jugé le contraire.

Il y en a cinq de la cour de Bruxelles, trois de la cour de Liége, un de celle de Metz, un de celle de Nancy et deux de la cour de cassation.

On va voir qu'ils ne sont pas tous rendus dans les mêmes espèces ni motivés de même.

1° *Arrêts de la cour de Bruxelles.*

Ces arrêts sont des 4 février 1809, 9 janvier et 6 mai 1813, 11 novembre 1814 et 11 juillet 1816; et tous, hors un seul, celui du 6 mai 1818, ont été rendus dans des espèces où il n'était pas énoncé dans les testamens, que l'interprétation en eût été donnée aux témoins qui n'entendaient pas la langue française dans laquelle ils étaient rédigés. Voyons comment ils sont motivés.

Le premier dit tout simplement, en se référant aux motifs des premiers juges, « que » les témoins qui sont intervenus au Testa- » ment, avaient toutes les qualités voulues » par le Code civil; que ledit Code civil » n'exige pas que les témoins comprennent la » langue française, ce qui est conforme au » droit romain; que, du moment que la loi » a voulu que tous les actes publics fussent » faits en français, dans les départemens où » un autre idiôme était en usage, l'on doit » supposer qu'elle a proscrit en même temps » tous les prétextes qui pourraient compro- » mettre la foi publique de ces même actes; » qu'ainsi, la non-intelligence de la langue » française serait un de ces prétextes qui » porteraient atteinte à l'authenticité qui doit » caractériser les actes publics (1) »;

Et il est aisé de sentir la futilité de ces motifs.

D'abord, j'ai déjà prouvé que le prétendu silence du Code civil sur notre question, ne signifierait rien; que c'est méconnaître le véritable esprit du Code civil, que de le regarder comme muet là-dessus; et qu'enfin, les

---

temps après cet édit, de rédiger leurs actes en flamand, sans que jamais il en soit résulté la moindre difficulté.

2° L'arrêt du conseil du 30 janvier 1685 n'a jamais été revêtu de lettres patentes, ni par conséquent du caractère de loi. Il n'a même jamais été exécuté, comme on peut le voir dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Langue française*.

3° Il est vrai que l'édit du mois de décembre 1700 et la déclaration du 24 mars 1754 annulaient, pour le Roussillon, les actes notariés et même les testamens reçus par des curés, qui seraient rédigés en langue catalane. Mais ce ne sont là que des lois locales; et vouloir les étendre à toute la France, serait une prétention absurde.

On ne dira pas sans doute qu'à ces lois purement locales, il faut joindre l'art. 111 de l'ordonnance de François I, du mois d'août 1539; car cet article dit bien qu'à l'avenir toutes les procédures, tous les jugemens, tous les contrats, tous les testamens, seront écrits en français; mais il n'y ajoute pas la peine de nullité; et encore une fois, cette peine ne peut pas se suppléer dans des lois purement réglementaires.

Annuler de pareils actes sous un tel prétexte, est une idée si éloignée de l'esprit général du droit français, que le décret de la Convention nationale du 2 thermidor an 2, qui n'a eu qu'une existence éphémère, n'attachait à la rédaction d'un acte public en une autre langue qu'en français, d'autre peine que celle de l'emprisonnement et de la destitution contre le notaire; et l'on sait assez, non-seulement que la peine de nullité ne se supplée point, mais que même cette peine est censée remise, par cela seul que le législateur en prononce une autre contre l'infraction à sa volonté. (*V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Nullité*, §. 3, n° 3).

J'ajoute qu'un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, du 13 décembre 1808, a jugé valable, nonobstant l'arrêté du 24 prairial an 11, et *attendu qu'il ne contient point de sanction pénale*, un testament rédigé en langue flamande et reçu par un notaire en présence de quatre témoins, le 17 août 1807. (*Décisions notables de la cour d'appel de Bruxelles*, tome 16, page 150).

(1) J'ajoute, pour les pays qui ont été détachés de la France par le traité de mai 1814 et où le Code civil français est encore en vigueur, que l'arrêté du 24 prairial an 11 y est abrogé.

(1) *Décisions notables de la cour d'appel de Bruxelles*, tome 16, page 161.

Digitized by Google

lois romaines n'admettaient que dans les testamens mystiques, les témoins qui n'entendaient pas la langue dans laquelle ces actes étaient écrits.

Ensuite, comment peut-on supposer à l'arrêté du 24 prairial an 11, l'intention qu'il n'énonce ni directement ni indirectement, de faire fléchir toutes les règles du Code civil devant l'obligation qu'il impose aux notaires de rédiger leurs actes en français? Il est bien plus naturel, plus conforme à la raison, de penser que cet arrêté a voulu co-ordonner cette obligation avec les règles du Code civil, et par conséquent n'admettre dans les testamens d'autres témoins que ceux qui, entendant la langue dans laquelle ces actes seraient écrits, seraient en état de comprendre tout ce qui s'y dirait et écrirait.

N'est-il pas même évident que cela est entré dans les vues de cet arrêté? Car enfin, cet arrêté n'a eu d'autre objet que de forcer les habitans des parties de la France où la langue française n'était pas d'un usage général, de se familiariser avec cette langue et d'oublier peu à peu leur idiôme local.

Aussi ce premier arrêt a-t-il fait si peu d'impression, même dans le ressort de la cour d'appel de Bruxelles, que, lorsque la question s'y est représentée quelques années après, le tribunal de première instance d'Audenarde n'a pas hésité à rejeter l'opinion qui avait d'abord prévalu; que, sur l'appel, le ministère public a conclu à la confirmation de la sentence; et qu'après une première plaidoirie, il y a eu partage d'opinions (1).

Il faut convenir, au surplus, que l'arrêt qui a vidé ce partage, est motivé avec plus d'art que celui de 1809; mais on va voir qu'il ne présente réellement que des subtilités.

Il débute par un principe dont la fausseté est généralement reconnue. « Les solennités » et les formes substantielles des testamens » (dit-il) sont exclusivement déterminées par » le Code civil ». Sur ce pied-là, un Testament par acte public qui ne serait point daté, serait donc valable! Car le Code civil ne dit pas un mot de la nécessité de dater les testamens par acte public.

Il avance ensuite que ni l'art. 980 du Code civil qui détermine les qualités des témoins testamentaires, ni aucun autre article du même Code n'exigent, dans ces témoins, la connaissance de la langue dans laquelle le Testament est rédigé. Cependant il convient, un peu plus bas, que, malgré le silence du Code civil sur les sourds, les sourds ne peuvent pas être témoins dans un Testament. D'où peut donc venir cette différence?

Elle vient, suivant l'arrêt, de ce que les sourds ne peuvent entendre, ni le testateur dictant ses dispositions au notaire, ni le notaire les relisant au testateur, deux formalités essentielles dans les testamens; au lieu qu'un témoin ignorant la langue parlée par le testateur et écrite par le notaire, n'en est pas moins en état d'entendre matériellement la dictée faite par l'un et la lecture faite par l'autre; et ici, je trouve deux grandes erreurs, l'une de fait, l'autre de droit.

Dans le fait, quoiqu'un témoin sourd ne puisse entendre ni la dictée du testateur ni la lecture du notaire, il peut très-bien voir le testateur faire, avec les lèvres, les mouvemens qui caractérisent l'action de parler, et en combinant l'idée de ces mouvemens avec l'attention que le notaire met à écrire au fur et à mesure que ces mouvemens s'effectuent, en conclure, avec la plus grande certitude (surtout si sa surdité n'est pas née avec lui, si elle n'est qu'accidentelle) que le testateur dicte ses dispositions au notaire et que le notaire les écrit sous sa dictée. Il peut très-bien aussi, et par les mêmes moyens, lorsque le Testament est tout rédigé, voir le notaire le relire au testateur, et le testateur, après la lecture achevée, ouvrir la bouche et parler avec des signes ou une attitude qui annoncent son approbation. Et si, nonobstant tout cela, la présence d'un témoin sourd vicie le Testament, qu'on nous dise pourquoi il n'en serait pas de même d'un témoin qui n'entend pas la langue dans laquelle le Testament est dicté et écrit. Quelle différence y a-t-il entre le premier et le second? Pas la moindre. L'un *voit* parler, sans rien entendre; l'autre *entend* parler, sans comprendre ce qui se dit; et tous deux savent, à n'en pas douter, que le testateur a dicté et que le notaire a lu.

Dans le droit, comment l'arrêt dont il s'agit, peut-il affirmer que les témoins n'ont à remplir, dans un Testament, qu'un ministère matériel; que, dès qu'ils peuvent certifier que le testateur a dicté, que le notaire a d'abord écrit et ensuite lu, tout est dit; et qu'il n'est pas nécessaire qu'ils puissent rendre compte de ce qui a été dicté et lu?

Le rédacteur de l'ordonnance de 1735, le chancelier d'Aguesseau, les envisageait sous un point de vue bien différent; et c'est ce que prouve très-clairement son plaidoyer du 15 mars 1698. Après avoir rappelé les dispo-

(1) *Décisions notables de la cour d'appel de Bruxelles*, tome 27, page 193.

Digitized by Google

sitions du droit romain d'après lesquelles il suffisait d'avoir atteint l'âge de puberté pour être capable de tester, de s'obliger et d'être témoin tant dans les testamens et dans les contrats, qu'en justice, il ajoute : « parmi » nous, comme l'âge de disposer de ses biens » par Testament, est beaucoup plus reculé, » on distingue deux sortes de témoins : les » uns que l'on appelle témoins instrumen- » taires, c'est-à-dire, ceux qui, par leurs » signatures, *assurent la vérité et la foi des* » *actes*..... Parceque *leurs fonctions appro-* » *chent de celles des notaires, et qu'ils par-* » *tagent avec eux la confiance de la loi*, on » ne se contente pas qu'ils aient atteint l'âge » de puberté; on désire qu'ils aient le même » âge qui est requis pour faire un Testament. » La capacité du témoin doit suivre et imiter » celle du testateur ».

Les témoins testamentaires ne sont-ils donc plus sous le Code civil, ce qu'ils étaient aux yeux de M. d'Aguesseau? Le Code civil n'exige-t-il donc plus leur présence dans les testamens, pour en *assurer*, non seulement la *foi*, la forme authentique, mais encore la *vérité?* Ne fait-il donc plus *approcher leurs fonctions de celles des notaires?* Ne leur fait-il donc plus *partager avec les notaires la confiance de la loi?* Ah! Que l'on veuille bien relire le passage cité plus haut, art. 2, de l'*exposé des motifs* du titre des *donations et testamens* du Code civil, et que l'on nous dise s'il y a rien de plus opposé à l'idée que la présence des témoins au Testament n'aurait pour objet que de certifier que le testateur a dicté, que le notaire a écrit sous sa dictée n'importe quoi, et qu'il a ensuite lu ce qu'il avait écrit.

Eh quoi! Ne peut on pas s'inscrire en faux contre un Testament, non-seulement en ce qu'il constate que la dictée en a été faite par le testateur et que le notaire l'a lu, après l'avoir écrit, mais encore en ce qu'il constate que les dispositions écrites sont parfaitement conformes à celles qui ont été dictées et lues? On le peut, sans contredit; car, nous l'avons déjà dit (art. 2), il n'est ni impossible ni sans exemple que des notaires lisent, ou du moins fassent semblant de lire, dans les Testamens qu'ils reçoivent, des dispositions différentes de celles qu'ils ont écrites. Or, ce cas arrivant, à quoi serviraient les témoins qui n'auraient compris, ni le testateur dictant, ni le notaire lisant? En quoi différeraient-ils de témoins absolument sourds?

Mais, objecte l'arrêt, l'art. 972 du Code civil ne dit pas que le Testament doit être lu aux témoins par le notaire : il dit seulement que le notaire doit le lire *au testateur en présence des témoins*.

Vain subterfuge. Que signifie cette disposition de l'art. 972? Rien autre chose si ce n'est que le Testament doit être lu au testateur et aux témoins simultanément. Nulle différence entre ces expressions, *lire à quelqu'un* et *lire en présence de quelqu'un;* et cela est si vrai que, comme on l'a vu plus haut, §. 13, la cour de cassation a maintenu, le 18 octobre 1809, un arrêt de la cour d'appel de Caen qui avait déclaré valable un testament terminé par la mention, non qu'il avait été lu *au testateur en présence des témoins*, mais qu'il avait été lu *en présence du testateur et des témoins*. L'héritier légitime prétendait que cette mention ne remplissait pas le vœu de la loi, parce que, suivant lui, il en résultait bien que le testateur avait été présent à la lecture, mais non pas qu'il l'eût entendue. La cour suprême ne s'est pas plus arrêtée à cette cavillation que ne l'avait fait la cour d'appel de Caen. Elle a donc solennellement reconnu qu'exprimer qu'un acte a été lu en présence de quelqu'un, c'est exprimer, en termes parfaitement synonymes, qu'il lui a été lu à lui-même et qu'il l'a très-bien compris. Par là, conséquemment, elle a implicitement décidé que, dans l'art. 972 du Code civil, les mots *en présence des témoins*, sont synonymes de *aux témoins;* et que le vœu de cet article ne peut être rempli que par une lecture faite en présence de témoins qui entendent et comprennent ce qui est lu devant eux.

Enfin, l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, du 9 janvier 1818, invoque subsidiairement le droit romain. Suivant lui, la règle générale était, dans le droit romain, que les témoins testamentaires n'avaient pas besoin de comprendre l'idiôme dans lequel le testateur prononçait ses dernières volontés; et la preuve en est que la loi 20, §. 9, D *qui testamenta facere possint*, exprime cette règle en termes indéfinis.

Mais encore une fois, il est démontré que cette loi doit être restreinte, par la nature même des choses, au testament mystique; et s'il en fallait une nouvelle preuve, je la trouverais dans la loi 21, C. *de testamentis*. On sent, en effet, que, si, de droit commun, il n'était pas nécessaire que les témoins connussent exactement tout le contenu d'un testament nuncupatif, cette loi n'établirait pas, pour le testament mystique, un privilége spécial consistant en ce que *non ideò infirmatur quòd testes nesciant quæ in eo scripta sunt testamento*.

L'arrêt du 6 mai 1813 ne fait que répéter

Digitized by Google

en d'autres termes les motifs de celui du 9 janvier précédent (1); mais il y ajoute une considération particulière qu'il puise dans le fait constaté par le testament dont il s'agit, que le notaire après l'avoir rédigé en français, langue absolument ignorée du testateur et des témoins, l'a relu en flamand : « attendu » de plus que, dans l'espèce, le testament fait » mention qu'il a été dicté en flamand et relu » par traduction en cette langue; qu'ainsi, » les témoins auraient, en tout cas, connu » la langue de la testatrice et compris ses dis- » positions ».

Du reste, pas un seul mot qui réponde nettement à l'objection résultant de ce que, par là même, il était prouvé que les témoins n'avaient acquis, ni par la dictée, ni par la lecture, aucune certitude que ce qui était écrit, fût parfaitement conforme à ce qui avait été dicté et lu.

L'arrêt du 11 novembre 1814 a été rendu, comme ceux des 4 février 1809 et 9 janvier 1813, dans une espèce où manquait la particularité que l'on vient de remarquer dans le troisième. Le testament d'Antoine Coucke, reçu par un notaire en présence de quatre témoins, le 25 octobre 1806, était conçu dans la forme ordinaire; et les héritiers *ab intestat* en ont demandé la nullité, en offrant de prouver que les témoins n'entendaient pas la langue du testateur. Le tribunal de première instance de Courtrai les a effectivement admis à cette preuve. Mais sur l'appel de l'héritier institué, arrêt qui reforme cet interlocutoire et ordonne l'exécution du testament,

« Attendu que les lois qui prescrivent les qualités et conditions des temoins instrumentaires, n'exigent point textuellement qu'ils sachent la langue française, et qu'à défaut de cette connaissance, elles ne prononcent point la peine de nullité;

» Attendu que la présence des témoins, telle qu'elle est déterminée aux art. 971 et 972 du Code civil, a pour but de donner une sorte de garantie contre la contrainte ou la suggestion auxquelles les testateurs pourraient se trouver exposés; que, pour obtenir cette assurance, il n'est point indispensablement nécessaire que les témoins connaissent l'idiome dans lequel le testament est écrit et lu au testateur en leur présence;

» Attendu que, dans la législation actuelle, les témoins ne font point la promesse, comme dans les testamens purement nuncupatifs des Romains, de rendre témoignage des dispositions uniquement orales du testateur (1) ».

Ces motifs diffèrent un peu, comme l'on voit, de ceux des trois arrêts précédens; mais ils n'en sont pas plus solides.

1° Qu'importe que la loi n'exige pas, à peine de nullité, que les témoins d'un testament entendent la langue dans laquelle il est écrit et lu ? Elles n'exigent pas non plus, à peine de nullité, qu'ils aient la faculté de l'ouïe, celle de la vue et l'usage de leur raison. Oserait-on dire pour cela que des sourds, des aveugles, des hommes frappés de démence, pussent être valablement employés comme témoins dans un testament?

2° Si l'on est forcé de se départir de l'étrange système que la présence des témoins au testament n'a d'autre objet que de certifier l'exact accomplissement des solennités prescrites par la loi; si l'on est forcé de convenir qu'elle a aussi *pour but de donner une sorte de garantie contre la contrainte ou la suggestion*, comment ne pas convenir avec la même franchise qu'elle n'a pas moins pour but d'assurer la parfaite conformité des dispositions dictées aux dispositions écrites, et de celle des dispositions lues aux dispositions écrites et dictées?

3° En avançant que, chez les Romains, les témoins des testamens purement nuncupatifs, s'engageaient envers le testateur à *rendre témoignage de ses dispositions purement orales*, on avoue implicitement que c'est à tort que, dans les arrêts de 1809 et de 1813, on a parlé de la loi 20, §. 9, D. *qui testamenta facere possint*, comme applicable aux testamens faits dans cette forme. Mais où a-t-on puisé cette prétendue règle des testamens purement nuncupatifs du droit romain? Où a-t-on vu que, hors le cas (rappelé par Ulpien dans le passage de ses fragmens qui est transcrit ci-dessus), de présentation purement verbale d'un testament mystique aux témoins, il ait jamais été nécessaire à Rome que les témoins fussent interpellés par le testateur de rendre témoignage de sa volonté? Ce qu'il y a de certain, c'est que la constitution des empereurs Théodose et Valentinien, de 439, qui avait réglé définitivement la forme des testamens nuncupatifs, ne prescrivait rien de semblable, et qu'elle exigeait seulement que le testateur déclarât aux témoins que son in-

(1) *Décisions notables de la cour d'appel de Bruxelles*, tome 28, page 271.

(1) *Jurisprudence de la cour supérieure de Bruxelles*, année 1814, tome 2, page 131.

Digitized by Google

tention était de tester oralement : *per nuncupationem quoque, hoc est, sine scriptis, testamenta non aliàs valere sancimus, quàm si septem testes simul uno eodemque tempore collecti testatoris voluntatem ut testamentum sine scripturâ facientis audierint* (loi 21, §. 2, C. *de testamentis*). Et encore est-il à remarquer que Justinien, non seulement supprima la nécessité de cette déclaration, mais même voulut expressément que le testament purement nuncupatif fût absolument dégagé de toute autre formalité que la prononciation des dernières volontés du testateur : *in testamentis sine scriptis faciendis* OMNEM FORMALEM OBSERVATIONEM PENITUS AMPUTAMUS, *ut postquam septem testes convenerint, satis sit voluntatem testatoris vel testatricis simul omnibus manifestari, significantis ad quos substantiam suam pervenire velit, vel quibus legata dare, vel fideicommissa, vel libertates disponere; etiamsi non antè hujusmodi dispositionem prædixerit testator vel testatrix illa verba, ideò eosdem testes convenisse, quòd sine scriptis suam voluntatem vel testamentum componere censuit* (loi 26, C., même titre).

Quant à l'arrêt de 11 juillet 1816, il s'en faut beaucoup qu'il renforce les précédens : il semble, au contraire, reconnaître qu'ils ont tous mal jugé. Les deux chambres qui l'ont rendu, avaient à prononcer, dans la forme établie dans les Pays-Bas depuis leur séparation de la France, sur un recours en cassation qui avait été exercé contre l'arrêt du 9 janvier 1813; et voici comment elles l'on fait :

« Attendu que le testament dont il s'agit, a été reçu par un notaire en présence de quatre témoins, ainsi que le requiert l'art. 971 du Code civil;

» Que cette loi, non plus que l'art. 972 du même Code également invoqué par les demandeurs, ne déterminent pas, au moins, en termes exprès, quel est le véritable objet de la présence des témoins;

» Que c'est ce silence de la loi qui a donné lieu à la question agitée entre les parties, si un testament par acte public peut être valablement reçu en présence de témoins qui n'entendent pas la langue dans laquelle il est rédigé;

» Attendu, dans cet état de choses, que, quand il serait vrai que l'opinion adoptée par l'arrêt attaqué, serait la moins probable, tout ce qu'on pourrait en déduire, c'est que cet arrêt présenterait un mal jugé, mais non qu'il aurait violé les art. 971 et 972 du Code civil;

» Par ces motifs, la cour rejette le pourvoi..... (1) ».

Je laisse à penser si des magistrats qui s'expliquent ainsi sur un arrêt dont on leur demande la cassation, et que l'honneur de leur propre compagnie semble les solliciter à maintenir, ne sont pas censés avouer que, s'ils n'ont pas la force de le casser, ils n'ont du moins pas celle d'en adopter les principes.

2° *Arrêts de la cour de Liége, et premier arrêt de la cour de cassation.*

Les trois arrêts de la cour de Liége dont on s'appuie contre l'opinion que je professe avec MM. Grenier, Maleville et Toullier, ont été rendus les 23 juillet 1806, le 24 novembre de la même année, et le 31 janvier 1817.

Mais je remarque d'abord que le premier (dont l'espèce se trouve dans le *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Langue française*, n° 5) est absolument étranger à la question.

Qu'a-t-il jugé en effet? Que l'on devait tenir pour valable un testament dicté en allemand par une femme qui ne savait que cette langue, et écrit en français par un notaire en présence d'un de ses confrères et de deux témoins à qui les deux langues étaient familières.

Et sur quel fondement a-t-il ainsi jugé? « Attendu (ce sont ses propres termes) que » l'arrêté du 24 prairial an 11 prescrit impérieusement et sans distinction, que tous » les actes publics soient rédigés en langue » française; qu'un testament reçu par deux » notaires en présence de deux témoins, est » un acte public; qu'on ne peut donc attaquer » la validité du testament dont il s'agit, par » le motif qu'il aurait été dicté en allemand » par la testatrice, et écrit en langue française par le notaire Quirini, surtout dès » qu'il a été lu et interprété à la testatrice, » en présence du second notaire et des témoins y dénommés, *connaissant tous deux » les langues allemande et française;* d'où » il résulte que les formes prescrites par » l'art. 972 du Code civil, ont été suffisamment exécutées ».

On voit que cet arrêt insiste avec un soin particulier, sur la circonstance que les deux témoins entendaient, aussi bien que les deux notaires, les langues française et allemande; et c'est une assez bonne raison pour croire qu'il aurait jugé tout autrement, si les deux

(1) *Jurisprudence de la cour supérieure de Bruxelles*, année 1816, tome 1, page 36.

Digitized by Google

témoins n'avaient entendu que l'une des deux langues.

En effet, quelle différence entre l'espèce de cet arrêt et l'hypothèse qui nous occupe!

Dans l'espèce de cet arrêt, la testatrice avait prononcé ses dispositions dans une langue qui était entendue par les deux notaires et les deux témoins; et quoiqu'elles eussent été écrites dans une autre langue qu'elle ne comprenait pas elle-même, la loi n'en trouvait pas moins, dans les deux témoins et les deux notaires, de sûrs garans de la parfaite conformité des dispositions écrites aux dispositions dictées. Il en était de ce cas, comme de celui où un testateur ne sait ni lire ni écrire. Le testateur qui ne sait ni lire ni écrire, n'a, par lui-même, aucun moyen de s'assurer que ce qui est écrit, rend fidèlement ce qu'il a prononcé : il faut qu'il s'en tienne à l'assurance que lui en donnent les deux notaires et les deux témoins; et la loi répond à la confiance qu'elle lui commande, en maintenant son testament. La même confiance est commandée au testateur qui ne sait pas la langue dans laquelle sont écrites ses dispositions, mais qui a la certitude qu'elles ont été comprises par les deux notaires et les deux témoins qu'il a appelés; elle ne doit donc pas non plus être déçue; son testament doit donc également avoir son effet.

Mais dans notre hypothèse, les dispositions du testateur n'ont pas été entendues par les témoins au moment où il les a dictées; et dès-lors, la règle qui veut que le testateur dicte ses dispositions en présence des témoins, se trouve déjà enfreinte; car dicter en présence de témoins qui n'entendent pas, ou dicter en l'absence de témoins qui pourraient entendre, c'est absolument la même chose. Qu'importe que le notaire ait interprété ces dispositions aux témoins? Il n'en est pas moins évident que les témoins n'ont pas pu constater par eux-mêmes la fidélité de cette interprétation, qu'ils ont été obligés de s'en rapporter au notaire, et, si l'on veut, au testateur, et que par conséquent ils n'ont pas été, dans le testament, ce qu'ils devaient y être, des garans complets et absolus de la conformité de ce qui est écrit à ce qui a été dicté.

Au surplus, la partie contre laquelle avait été rendu l'arrêt dont il s'agit, en a poursuivi la cassation; et voici en quels termes il a été statué sur son recours, le 4 mai 1807 :

« Attendu que l'arrêté du 24 prairial an 11 porte qu'un an après sa publication, les actes publics dans les départemens de la ci-devant Belgique et dans ceux de la rive gauche du Rhin, devront tous être écrits en langue française;

» Attendu que de cette obligation prescrite sans distinction d'aucune espèce d'acte, il suit que foi doit être ajoutée aux testamens écrits en français par les notaires qui les reçoivent dans ces départemens, même lorsque ces testamens sont dictés par des habitans qui ignorent la langue française;

» Attendu d'ailleurs que toutes les formalités prescrites par le Code civil, ont été remplies dans le testament dont la validité est prononcée par l'arrêt qu'attaque Daniel Brammertz;

» La cour rejette le pourvoi....».

Cet arrêt ne se borne pas, comme l'on voit, à une approbation pure et simple du motif déterminant de celui de la cour d'appel de Liége, savoir, qu'un testament dicté en allemand par un testateur qui n'entendait pas la langue française, avait pu, sans violer l'art. 972 du Code civil, être rédigé et écrit en français : il y ajoute un motif de plus, qui restreint véritablement l'arrêt de la cour d'appel de Liége à son espèce précise : c'est que *toutes les formalités prescrites par le Code civil, ont été remplies dans le testament dont la validité est prononcée* par cet arrêt, c'est-à-dire, qu'il y est intervenu, outre les deux notaires, quatre témoins qui, comme eux, ont entendu et parfaitement compris les dispositions dictées par le testateur, et en présence desquels il a été fait au testateur une lecture de ses dispositions qui leur a donné la pleine assurance de la conformité de la rédaction à la dictée.

Le second arrêt rentre absolument dans l'espèce du premier.

Un testament avait été dicté en flamand par une femme qui ne parlait et n'entendait que cet idiome, et écrit en français par un notaire en présence de quatre témoins qui entendaient et parlaient, comme lui, ces deux langues. Voici comment il était terminé : « Ainsi dicté et nommé par la testa» trice à moi, notaire, et aux témoins sous» signés, et par moi écrit d'un bout à l'autre, » par moi, lui lu et relu, *en présence des* » *mêmes témoins, qui lui ont en outre sur*» *abondamment expliqué le présent en idiome* » *flamand* ».

L'héritier *ab intestat* prétendait inférer de cette dernière mention, que la testatrice n'avait point compris la lecture que le notaire lui avait faite par interprétation, puisqu'il avait fallu que les témoins la lui interprétassent de nouveau. Mais le légataire universel

Digitized by Google

répondait, avec autant de raison que d'avantage, que l'interprétation donnée par les témoins, n'avait été que secondaire et *surabondante*, qu'elle avait bien suivi et confirmé celle du notaire, mais qu'elle n'avait pas eu pour objet d'en réparer la prétendue insuffisance; qu'elle n'avait fait que la confirmer.

Les premiers juges avaient annulé ce testament; mais sur l'appel, il a été déclaré valable.

« Attendu que l'arrêté du gouvernement, en date du 24 prairial an 11, ordonne que tous les actes publics seront écrits en langue française; qu'ainsi, la testatrice a pu dicter son testament en idiome flamand, et que le notaire a dû l'écrire en français, conformément à la disposition dudit arrêté;

» Attendu que ledit testament a été lu et relu à la testatrice par le notaire, et que l'explication surabondante et postérieure, donnée à la testatrice par les témoins, n'a pu le vicier (1) ».

Cet arrêt n'est donc pas plus applicable que le précédent à notre question.

Le troisième arrêt a été rendu au sujet d'un testament fait, le 6 juillet 1813, à Corswaren, canton de Saint-Trond, par le sieur de Bormans, et reçu en français par un notaire en présence de quatre témoins dont il était prétendu et offert de prouver que deux n'entendaient pas la langue française.

Une particularité remarquable dans cette espèce, c'est que l'acte ne constatait nullement que les dispositions du testateur eussent été interprétées aux témoins par le notaire au fur et à mesure que le testateur les avait dictées, et qu'il y était seulement fait mention qu'après avoir achevé sa rédaction et l'avoir lue au testateur, le notaire en avait donné l'interprétation aux témoins; en sorte que, pour considérer les dispositions du testateur comme ayant été dictées au notaire en présence des témoins, il fallait, par la plus étrange des fictions, faire rétroagir jusqu'à la dictée, l'interprétation qui n'avait eu lieu qu'après la lecture; et c'en était bien sûrement assez pour faire annuler le testament.

Cependant l'arrêt du 31 janvier 1817 l'a jugé valable.

Il pose d'abord les questions plaidées par les parties, et voici la quatrième : « L'appelante doit-elle être admise à prouver » tant par titres que par témoins, qu'Arnold » Vansimpen et Godefroid Lenaerts, deux » des quatre témoins, ne comprenaient pas » la langue française à l'époque du testament » dont il s'agit »?

Puis, statuant sur cette question, il s'exprime ainsi :

« Attendu que le Code civil porte, art. 967 : *toute personne peut disposer par testament, soit sous le titre d'institution d'héritier, soit sous le titre de legs, soit sous toute autre dénomination propre à manifester sa volonté;* Art. 969 : *un testament pourra être olographe, ou fait par acte public, ou dans la forme mystique;*

» Attendu que le décret du 24 prairial an 11 a ordonné que tous les actes publics seraient rédigés en français;

» Attendu que, si, pour la validité d'un testament par acte public ou en forme mystique (1), on exigeait la preuve que le testateur et les témoins sussent la langue française, il en résulterait qu'en alléguant l'ignorance de cette langue, soit dans le testateur, soit dans une partie des témoins, on compromettrait la foi due à un titre, et on en ferait dépendre le sort d'une enquête sur un fait négatif et moral, d'autant plus incertaine que l'enquête et la discussion sur ce fait pourraient n'avoir lieu que dans un temps éloigné, nécessairement après le décès du testateur, et souvent après celui des témoins instrumentaires (2);

» Attendu qu'admettre ou exiger la preuve, soit que le testateur parlât le français, soit que les témoins le comprissent, ce serait évidemment ajouter aux formalités et conditions que la loi a prescrites pour la validité des Testamens; ce serait, ou priver la majeure partie des citoyens de la faculté de tester, ou rendre leurs dispositions incertaines ou litigieuses, quoique revêtues de toutes les formalités voulues par la loi (3);

» Attendu que, sous le prétexte d'inconvéniens graves possibles, les juges ne peuvent pas admettre ou créer des nullités qui ne sont pas établies par la loi, ou résultant de l'essence de l'acte (4);

» Attendu que, dans l'espèce, il a été donné interprétation en idiôme flamand (5); qu'ainsi,

(1) *Journal des audiences de la cour de cassation*, 1807, supplément, pages 20 et 21.

(1) On n'a jamais élevé de pareilles prétentions par rapport au testament mystique.

(2) On admet bien la preuve que le testateur n'était pas sain d'esprit!

(3) J'ai déjà répondu à ces considérations.

(4) C'est précisément de l'*essence* du testament nuncupatif que résulte la nullité dont il s'agit; et je crois l'avoir démontré plus haut.

(5) Oui, mais quand? Après la lecture seulement.

Digitized by Google

les témoins ont pu comprendre ce à quoi ils étaient appelés à concourir, et même les dispositions contenues audit Testament ;

» Attendu que, dans le testament par acte public, la preuve des dispositions du testateur réside dans l'acte écrit par le notaire (1) et nullement dans la mémoire des témoins; qu'ainsi, ce Testament ne peut être attaqué en nullité sous le prétexte que les témoins n'auraient pas compris ou retenu les dispositions dictées par le testateur ; qu'il suffit que, par leur présence, ils aient été mis à même d'entendre et de comprendre, et qu'en signant l'acte en qualité de témoins, ils aient constaté qu'ils y ont concouru en cette qualité, et, par ce fait, attesté avoir eu la certitude morale que l'acte reçu par le notaire, contient les dispositions dictées par le testateur en leur présence et à lui lues aussi en leur présence; que, dans les cas ordinaires, la loi a dû s'en contenter et se reposer sur la conscience et la probité des témoins; que, dans l'espèce, l'acte n'est pas argué de faux, qu'il n'est pas même allégué que les témoins instrumentaires auraient ignoré ce à quoi ils étaient appelés à concourir, ni même les dispositions dictées par le testateur; qu'il n'est pas révoqué en doute qu'interprétation leur a été donnée en langue flamande (2); d'où il résulte qu'ils ont eu connaissance suffisante du contenu du Testament; qu'il n'existe aucune présomption de fraude ou de dol ;

» Qu'ainsi, il serait parfaitement surperflu, dans l'espèce, de s'enquérir quel degré de connaissance lesdits deux témoins avaient alors de la langue française; qu'il y a présomption que cette langue dont l'usage général était adopté depuis grand nombre d'années, n'était pas entièrement étrangère aux deux témoins sachant lire et écrire, habitans de Saint-Trond, ville de grand passage, coupée par une grande route et peu éloignée du pays Wallon (3); que l'allégué que Vansimpen et Lenaerts ne connaissaient pas le français, avancé par la partie appelante, a été dénié de suite par la partie intimée, en première instance; que la partie appelante a pû produire telle preuve écrite qu'elle aurait cru faire à son droit; mais qu'elle n'est pas admissible dans sa demande formée à l'une des audiences de la cour, à faire enquête sur ce fait (1);

» Par ces motifs et en adoptant..... ceux énoncés dans le jugement de première instance, la cour déboute l'appelante de l'opposition par elle formée à l'arrêt par défaut.... ».

Quelque parti que l'on adopte sur la question générale, il est du moins certain que cet arrêt ne peut pas se soutenir dans le système de ceux qui, tout en prétendant que l'on peut employer dans un Testament par acte public, des témoins qui n'entendent pas la langue dans laquelle il est écrit, reconnaissent qu'un pareil Testament n'est valable qu'autant qu'il constate qu'il en a été fait une interprétation à ces témoins dans leur propre langue.

En effet, pour qu'il y ait tant soit peu de logique dans ce système, il faut admettre la nécessité de l'interprétation, non-seulement après la lecture, mais encore au fur et à mesure de la dictée.

Or, dans l'espèce sur laquelle a prononcé l'arrêt dont il s'agit, le Testament constatait bien qu'il en avait été fait interprétation après la lecture; mais il ne constatait nullement que les dispositions du testateur eussent été interprétées à mesure qu'il les avait dictées au notaire.

Vainement objecterait-on, à cet égard, que la loi n'exige pas que les témoins entendent et comprennent les dispositions du testateur au fur et à mesure qu'il les dicte.

Ce serait prétendre, en d'autres termes, que le Testament peut être dicté et écrit en l'absence des témoins, et qu'il suffit que les témoins assistent à la lecture qui en est faite après l'entière rédaction, système que j'ai complettement refuté dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Testament*, sect. 2, §. 3, art. 2, n° 4 *bis.*; et que la cour supérieure de justice de Bruxelles a hautement condamné, le 16 février 1816, en rejetant la demande en cassation d'un autre arrêt de la

(1) Oui, dans l'acte écrit par le notaire en présence de témoins qui sont là pour le contrôler, et par conséquent sont supposés par la loi comprendre ce que le testateur lui dicte et ce qu'il écrit sous sa dictée. Autrement, non.

(2) Encore une fois, cette interprétation n'avait pas été donnée au fur et à mesure de la dictée; elle ne l'avait été qu'après la lecture.

(3) Cette présomption est bien faible aux yeux des personnes qui savent qu'à Bruxelles même, ville où la langue française est assurément bien mieux et plus généralement parlée qu'à Saint-Trond, il y a une partie des habitans à qui elle est totalement étrangère.

(1) Voilà un motif subsidiaire qui certes n'est pas d'un grand poids, mais qui pourrait bien avoir déterminé la majorité des voix en faveur du dispositif de l'arrêt. Je dis *la majorité*, car je sais de science certaine que l'arrêt n'a pas, à beaucoup près, passé de toutes voix.

Digitized by Google

même cour du 19 avril 1815, « Attendu que » le Testament par acte public est celui qui » est reçu par deux notaires en présence de » deux témoins, ou par un notaire en pré» sence de quatre témoins (art. 971); que, » pour que le notaire puisse recevoir le Tes» tament, il faut que le testateur lui commu» nique ses dispositions; que cette communi» cation consiste dans la dictée suivie d'une » rédaction par écrit (art. 972); d'où il suit » que la présence des témoins à la dictée et à » l'écriture, est indispensable; que, si la loi » exige cette présence à la lecture qui n'est » qu'un récolement du Testament par acte » public, ce ne peut être évidemment que » pour rendre cette présence permanente du » commencement jusqu'à la fin, mais nulle» ment pour la borner à la seule lecture, » puisqu'elle était déjà textuellement re» quise, comme formalité substantielle, par » l'art. 971 (1) ».

Plus inutilement objecterait-on que du moins la loi ne prescrit pas nommément la mention spéciale de la présence des témoins à la dictée du Testament; et que cette mention résulte suffisamment de celle que le Testament a été reçu par le notaire en présence des témoins.

Je reconnais le principe; mais il n'en résulte sûrement pas que l'on doive présumer, sans qu'il soit besoin d'en faire une mention spéciale et expresse, qu'au fur et à mesure que le testateur a dicté ses dispositions devant des témoins qui n'entendaient pas sa langue, le notaire a eu soin de les leur interpréter.

En effet, s'il est vrai que la mention que le Testament a été *reçu par le notaire en présence des témoins*, renferme la preuve que les témoins ont été présens à la dictée et à la rédaction du Testament, il est vrai aussi qu'elle ne se rapporte qu'à un seul fait personnel du testateur (la dictée), et à un seul fait personnel du notaire (l'écriture). Si donc il intervient, de la part du notaire, un fait de plus, c'est-à-dire, une interprétation des dispositions du testateur au fur et à mesure qu'il les dicte, il faut que le notaire en fasse une mention spéciale.

Eh! Comment les partisans du système que je combats, pourraient-ils tenir pour présumé de droit, le fait de l'interprétation au fur et à mesure de la dictée, tandis qu'ils reconnaissent eux-mêmes la nécessité d'en faire une mention expresse, lorsqu'il s'agit de la lecture?

3° *Arrêt de la cour royale de Metz.*

Le 29 avril 1812, la dame Cordonnier fait, devant un notaire et quatre témoins, dans l'arrondissement de Thionville, un Testament par lequel elle institue le sieur Hesseling son légataire universel.

Après sa mort, ses héritiers en demandent la nullité: 1° parce qu'il n'y est pas fait mention qu'il ait été écrit en présence des témoins; 2° parceque deux des témoins n'entendaient pas la langue française.

Le sieur Hesseling répond que le testament contient la mention expresse qu'il a été *dicté en présence des témoins, et écrit au fur et à mesure par le notaire;* que l'art. 980 du Code civil détermine les qualités que doivent avoir les témoins instrumentaires d'un Testament; et qu'il n'y comprend pas l'intelligence de la langue dans laquelle l'acte est dicté et rédigé, qu'au surplus, il est constaté par le Testament même, que le notaire, après en avoir fait la lecture et avant de le faire signer par les témoins, en a interprété le contenu à ceux qui n'entendaient pas le français.

Le 2 juillet 1816, jugement du tribunal de Thionville, qui, adoptant ces trois moyens de défense, rejette la demande en nullité et ordonne l'exécution du Testament.

Sur l'appel, arrêt du 19 décembre de la même année, qui confirme ce jugement, mais par quels motifs?

« Sur la première question, attendu que...., dans l'espèce, il est suffisamment constaté que les témoins ont été présens à l'écriture;

» Sur la deuxième question, attendu que la présence des témoins au Testament par acte public a évidemment pour objet de procurer la certitude légale de la sincérité de l'acte, c'est-à-dire, qu'il contient véritablement l'expression des volontés du testateur, qu'il n'y a eu ni violence, ni surprise, ni erreur;

» Attendu qu'il suit de là qu'il faut absolument que les témoins aient tout vu, tout entendu et compris; car autrement leur intervention et leur signature n'offriraient aucune garantie: il est donc nécessaire qu'ils connaissent la langue dans laquelle le Testament a été reçu et écrit; et l'on peut dire que le défaut de cette connaissance, de leur part, établit une véritable incapacité;

» Attendu que, si cette espèce d'incapacité n'a pas été positivement prévue par les art. 975 et 980 du Code civil, il ne faut pas en conclure que le juge ne doive point y avoir égard; le législateur s'étant principalement occupé des conditions et des incapacités générales et absolues, il n'a pu ni dû entrer

(1) *Jurisprudence de la cour supérieure de Bruxelles*, année 1816, page 28.

Digitized by Google

dans une infinité de circonstances particulières qui peuvent donner lieu à des incapacités relatives, telle que celles-ci ;

» Mais attendu, sur la troisième question, qu'il résulte de la clôture du testament dont il s'agit, que le notaire, avant de le soumettre à la signature, en a fait l'interprétation; et que, par là, ceux des témoins qui n'avaient pas l'usage de la langue française, ont été mis au fait de la teneur de l'acte;

» Attendu que l'interprétation faite officiellement établit une communication légale entre ceux qui parlent des langages différens;

» Attendu que les notaires, officiers publics et assermentés, chargés par la loi de rédiger en langue française les actes qu'ils reçoivent, lors même que les parties n'ont pas l'usage de cette langue, sont les interprètes naturels et officiels de ces mêmes actes;

» Attendu qu'il en a toujours été ainsi, soit dans la province d'Alsace, soit dans la Lorraine allemande et le pays de Thionville;

» Attendu que, dans l'espèce, l'interprétation que le notaire a donnée, mérite d'autant plus de confiance, qu'elle a eu lieu en présence de la testatrice, qui, selon les appelans eux-mêmes, connaissait les deux langues, et qui, s'il se fût commis des erreurs, n'aurait pas manqué de les relever;

» Attendu qu'ainsi, le premier moyen de nullité proposé n'est d'aucune considération, et que le second, quoique fondé, se trouvant couvert au moyen de l'interprétation, il n'y a pas lieu d'avoir égard à la preuve subsidiaire offerte par les appelans ».

Cet arrêt est en parfaite harmonie avec les vrais principes sur la question examinée en thèse générale; mais, en tant qu'il fait fléchir ces principes devant le fait que le notaire avait interprété le testament aux témoins avant de le leur faire signer, aurait-il échappé à la cassation, si les héritiers de la dame Cordonnier l'eussent attaqué par cette voie? Je ne saurais le croire : d'une part, l'interprétation n'avait eu lieu qu'après la lecture; et sous ce rapport, tout ce que j'ai dit plus haut sur l'arrêt de la cour de Liége de 1817, reçoit ici une application entière; de l'autre, les dispositions de la testatrice eussent-elles été interprétées aux témoins au fur et à mesure qu'elle les avait dictées, il serait toujours demeuré constant que les témoins ne pouvaient pas en garantir personnellement la conformité aux dispositions écrites.

4°. Arrêt de la cour royale de Nancy et deuxième arrêt de la cour de cassation.

Le 14 janvier 1812, le sieur Koeller, prêtre, fait dans la ville de Boulay, département de la Meurthe, devant un notaire et quatre témoins, un testament par lequel il lègue presque toute sa fortune aux sieurs Boeck, Devaux et autres.

Demande en nullité de ce testament de la part de ses héritiers légitimes, avec offre de prouver que deux des témoins qui y ont été appelés, n'avaient pas assez de connaissance de la langue française pour comprendre les dispositions du testateur.

Les légataires nient le fait, et ajoutent qu'en droit, les témoins ne sont pas appelés à un testament par acte public pour porter témoignage des dispositions qu'il contient, mais uniquement pour attester le fait matériel qu'il a été dicté par le testateur, écrit par le notaire, et lu par celui-ci.

Le 24 janvier 1816, jugement du tribunal de première instance de Nancy, qui, sans avoir égard à ce système, admet la preuve du fait articulé par les héritiers, la preuve contraire réservée aux légataires.

Point d'appel de ce jugement; et le 22 août 1816, jugement définitif qui, attendu que des enquêtes respectives des parties il résulte que Philippe Tailleur, l'un des témoins du testament, n'avait pas, à l'époque de sa confection, assez de connaissance de la langue française pour comprendre un discours parlé en cette langue, et, par suite, les dispositions du testateur, déclare le testament nul et déboute les légataires de leur demande reconventionnelle en délivrance de leurs legs.

Les légataires appellent à la fois des deux jugemens.

Les héritiers soutiennent que cet appel est non-recevable quant au jugement interlocutoire, parce que les légataires y ont acquiescé et l'ont exécuté. Mais les légataires détruisent cette fin de non-recevoir, en invoquant la doctrine développée ci-dessus, §. 14; et la cause se trouve ainsi réduite à deux questions : Dans le droit, le testament est-il nul lorsque l'un des témoins n'entend pas la langue dans laquelle il a été dicté, rédigé et lu? Dans le fait, est-il prouvé par les enquêtes que Philippe Tailleur ne savait pas assez bien le français pour comprendre les dispositions du testateur?

Le 28 juillet 1817, arrêt qui met les parties hors de cour sur l'appel du jugement interlocutoire, et réformant le jugement définitif, déclare le testament valable,

« Attendu qu'on doit admettre pour principe général, que les capacités requises dans les témoins, sont relatives et co-ordonnées

Digitized by Google

à la nature des fonctions qui leur sont confiées; qu'ils ne sont, suivant l'expression énergique du droit, témoins *idoines* et *suffisans*, qu'autant qu'ils sont aptes à bien saisir, percevoir les faits dont ils sont appelés à rendre témoignage; qu'ainsi, la question de la nécessité de telle ou telle autre capacité dans la personne des témoins, se réfère à cette question plus générale de savoir quel est, dans la rédaction des testamens, l'objet de la vocation des témoins;

» Attendu que cette question se résoudrait mal par les dispositions des lois romaines, dont les principes, en ce qui touche la forme des testamens, ont peu d'analogie à notre droit actuel; que long-temps en effet, les Romains ne connurent d'autre forme de testament que celle des testamens nuncupatifs, dont les dispositions étaient confiées à la seule mémoire des témoins; et que, lors même qu'ils eurent admis la forme dans laquelle concouraient la nuncupation et l'écriture, la foi principale fut encore accordée au témoignage verbal, qui souvent était invoqué pour expliquer, interpréter, ou étendre la disposition écrite; que ces usages s'étaient conservés dans quelques-unes de nos provinces de France régies par le droit écrit, même depuis l'ordonnance de Moulins, et jusqu'à la promulgation de celle de 1735; que, sous ce système de législation, il était sans doute indispensable que les témoins eussent une perception claire et distincte de dispositions dont leur déclaration devait constater le teneur; et qu'on peut croire avec Accurse, Ricard, Furgole et autres jurisconsultes, que la disposition de la loi 20, au digeste, *qui testamenta*, qui n'exige pas des témoins l'intelligence de la langue (ou du discours) du testateur, ne doit s'entendre que de ceux appelés à la suscription de testamens secrets;

» Mais que ces recherches et ces décisions sont sans application à notre droit; qu'il n'accorde d'effet à aucune disposition testamentaire purement verbale; que la preuve n'en serait pas reçue; que même, en toute matière de contrats et transactions civiles, des actes écrits doivent être rédigés de toutes choses excédant la valeur de 150 francs, sans qu'aucune preuve testimoniale puisse être admise de la convention verbale, contre et outre le contenu de l'acte (1);

» Que les actes écrits devenant ainsi la base sur laquelle reposent la force et la sécurité des transactions civiles, la législation a dû particulièrement s'occuper d'en assurer l'exactitude et la fidélité; qu'à cet effet, elle a institué des officiers civils, chargés de les recevoir et de les rédiger; que c'est à l'intervention de leur ministère qu'elle attache cet effet d'imprimer à l'acte reçu par eux le caractère de la forme publique et de l'autorité de la justice, et cette prérogative légale de faire, de leur contenu, une foi tellement plénière, qu'elle ne peut être impugnée que par la voie de l'inscription de faux; que c'est donc sur l'intervention et sur le caractère de l'officier public, que repose en premier ordre la foi de l'acte authentique, la présomption légale de sa véracité (1);

» Que cependant, pour prévenir le danger des fraudes et suppositions en général, et en particulier celui des surprises et des captations auxquelles les testateurs sont plus spécialement exposés, la loi a introduit *des solennités, des formes extrinsèques*, destinées à assurer et protéger l'intervention libre des contractans, l'indépendance et la spontanéité de leurs conventions et déclarations; qu'ainsi, le Testament doit être *dicté* par le testateur, *écrit sous sa dictée* par le notaire, par lui *relu* au testateur, approuvé et *signé* par ce dernier, le tout sous les yeux et en la présence continuelle et nécessaire d'un nombre de témoins déterminés, qui, par leurs signatures réunies à celles du testateur et du notaire, attestent et garantissent l'exacte observation de ces solennités; juste et unique objet de leur intervention (2);

---

(1) Nos anciennes ordonnances étaient, sur tout cela, quoiqu'en dise cet arrêt, d'accord avec nos lois actuelles. Cependant, sous les premières, Ricard, Despeisses, Ferrière, Furgole, Roussaud de la Combe, Bourjon, tous les auteurs enseignaient unanimement que, dans les testamens nuncupatifs écrits, il ne pouvait intervenir que des témoins entendant la langue du testateur, et il n'y a pas d'exemple que les tribunaux se soient jamais écartés de leur doctrine. Pourquoi donc en serait-il autrement aujourd'hui?

(1) Il est pourtant bien notoire, et la cour royale de Nancy va reconnaître elle-même dans l'aliéné suivant, que la loi n'attache la présomption légale de la véracité de l'acte, qu'au concours du notaire, soit avec un autre notaire, soit avec deux témoins, dans les actes entre-vifs, soit avec quatre témoins, dans les testamens. L'intervention des témoins n'est donc pas étrangère à la *véracité* de l'acte. D'ailleurs, il faut bien avoir recours aux témoins, lorsque l'acte est, quant à son contenu, impugné par l'inscription de faux; et alors que pourrait dire un témoin qui n'aurait pas compris le contenu de l'acte qu'il eût signé?

(2) Où est la preuve que c'est là l'*unique objet de*

Digitized by Google

» Qu'il serait bien peu exact de dire que leur ministère ainsi restreint, serait sans objet, ou tellement illusoire qu'autant aurait valu ne les pas appeler; qu'il est sensible, au contraire, que leur intervention est parfaitement calculée pour produire l'effet que la loi en attend, celui de prévenir les dangers de la supposition et de la surprise; que, si le testateur a été *vu* et *entendu* dictant librement ses dispositions, il est prouvé qu'il n'était pas dominé par l'empire actuel de la suggestion ou de la captation; que, s'il a été entendu les *prononcer*, il jouissait d'une force de corps et d'esprit suffisante pour concevoir et expliquer sa volonté; que, si le notaire *a écrit* sous sa dictée, l'écrit n'était pas préparé et rédigé à l'avance; que, si la rédaction achevée a été *relue* au testateur, et s'il l'a approuvée, il l'a reconnue conforme à sa pensée; que, si enfin *il l'a signée* en présence de témoins et avec eux, il l'a confirmée et ratifiée comme étant la juste expression de sa volonté; qu'ainsi, l'exacte observation des formes et solennités garantit la liberté du testateur, la réalité et la spontanéité de ses dispositions; la présence des témoins garantit l'observation des formes; l'intervention de l'officier public garantit la fidélité de la rédation, qui est de son office; et de ces garanties partielles et réunies, se composent l'authenticité et la foi légale imprimée à l'acte public (1);

» Que, dans un système contraire, et si l'on voulait supposer que les témoins (dont rien ne garantit le caractère moral) investis cependant, par une préférence bizarre, de la confiance que la loi refuserait à l'officier public (2), fussent en effet établis par elle les surveillans (3) ou les censeurs du ministère même du notaire, ils devraient être nécessairement investis des moyens et des capacités propres à les mettre en état d'exercer cette surveillance;

» Qu'ainsi et d'abord, quant aux moyens, une méthode leur aurait été prescrite pour s'assurer que ce que le notaire relit après la rédaction, est bien conforme, en sens et en substance, à ce qui a été dicté, et encore pour s'assurer que ce que le notaire paraît lire, est bien exactement ce qu'il a réellement écrit; car s'il peut être suspect de falsifier le texte dicté en écrivant, il peut l'être également de falsifier le texte écrit en relisant; que, sans cette double confrontation du texte écrit avec le texte dicté et avec le texte relu, le témoin ne peut, en connaissance de cause, attester leur conformité; qu'ainsi, ou la loi exigerait de lui la garantie de ce qu'elle ne l'aurait pas mis à même de savoir, ou elle attacherait à sa présence une garantie fictive qu'elle saurait bien que sa présence n'offre pas (1);

» Que, sous le rapport des capacités, les difficultés seraient encore plus grandes; que ce ne serait plus assez que le témoin eût l'intelligence de la langue dans laquelle le Testament serait dicté, et encore celle de la langue dans laquelle il devrait être rédigé (si ces idiomes étaient divers, comme il arrive encore fréquemment dans celles de nos provinces dans lesquelles des idiomes ou des langages locaux prédominent dans le peuple); mais qu'il faudrait encore examiner si cette intelligence des deux langues s'étendrait au-delà des choses usuelles et appartenantes à la vie commune; et ultérieurement si les facultés intellectuelles du témoin seraient elles-mêmes susceptibles de s'élever jusqu'à la perception distincte d'idées trop étrangères à ses connaissances et à ses habitudes, et à juger une identité de rédaction, qui peut différer essentiellement en sens, lorsqu'elle paraît à peine différer en expression (2);

---

leur intervention? Elle n'est sûrement pas dans la loi. La loi appelle les témoins aux mêmes fins que le notaire; elle appelle le notaire pour constater, non seulement l'observation des formes extrinsèques mais encore la véracité du fond des dispositions; elle appelle donc les témoins aux mêmes fins.

(1) Que l'on veuille bien relire les passages de M. d'Aguesseau et de l'*exposé des motifs* du titre *des donations et testamens* du Code civil, rapportés ci-dessus; et qu'on les compare avec la distinction purement systématique que fait ici l'arrêt de la cour royale de Nancy.

(2) Il n'y a point ici *préférence*, mais *partage*. Les fonctions des témoins, dit M. d'Aguesseau, *approchent de celles des notaires, et ils partagent avec eux la confiance de la loi.*

(3) Oui, c'est comme surveillans des notaires que la loi les appelle. C'est là leur véritable caractère, et ils n'ont pas d'autres fonctions (*V.* le *Droit civil français* de M. Toullier, liv. 3, tit. chap. 6, sect. 1, n° 74, 75 et 76). On n'a pas oublié d'ailleurs que Ricard les qualifie de *contrôleurs de tout ce qui se passe en cette affaire.*

(1) Oserait-on contester à un second notaire qui se défierait de la fidélité de la rédaction faite par son confrère en sa présence, le droit de la vérifier par lui-même? Non, sans doute. Eh bien! Tout ce que peut un second notaire, les témoins le peuvent également; car ils sont, comme lui, les *surveillans*, les *contrôleurs* du notaire qui écrit le Testament: et voilà le moyen que la loi laisse à leur disposition, pour s'assurer que le Testament a été écrit et lu fidèlement.

(2) La loi n'admettant pour témoins que ceux qui

Digitized by Google

» Que cette recherche et cette incertitude s'étendraient bientôt des testamens à toutes les matières de conventions et transactions, même les plus compliquées; étant singulièrement à remarquer que l'art. 980 de notre Code, qui traite *spécialement* des capacités requises dans les *témoins testamentaires*, ne diffère en rien de la disposition législative qui règle *généralement* les conditions exigées dans les témoins appelés à toutes sortes d'actes notariés; que la célèbre ordonnance de 1735, si profondément méditée pour faire cesser les abus reconnus en matière de testamens, s'exprime, relativement à l'idonéité des témoins, précisément dans les mêmes termes, et n'exige d'ailleurs, pour la solennité des testamens, que ce qui est exigé pour la validité de tous autres actes : l'intervention de deux notaires ou l'assistance de deux témoins, si un seul notaire est admis;

» Que le Code civil a ajouté à cette disposition, ce qui prouve que la réflexion de ses rédacteurs s'est aussi fixée sur l'amélioration possible des formes testamentaires, et sur les avantages ou les inconvéniens d'ajouter à leur rigueur : mais que, balance faite des uns et des autres, la faveur de la liberté des dispositions testamentaires a prévalu; et que, repoussant les entraves apportées par une législation moderne, qui, alarmée du danger des surprises ou captations en matière de Testament, ne les admet que sous la garantie des formes judiciaires et de l'intervention du magistrat, notre législation a pensé qu'il suffisait des formes consacrées par la sagesse des lois antérieures, en ajoutant seulement au nombre des témoins exigés pour les autres actes, qui jusqu'alors avait été adopté aussi pour les testamens; mais que du reste aucune capacité nouvelle n'a été exigée des témoins, aucune fonction plus étendue ou plus spéciale ne leur a été départie; qu'il faut donc tenir pour constant que les témoins ne remplissent, dans la confection des testamens, aucune autre fonction que celle qu'ils remplissent dans tous autres actes publics; celle d'être les certificateurs des formes extrinsèques et matérielles qui gissent en faits et tombent sous leurs sens, sans que, dans les uns non plus que dans les autres, ils soient appelés à prendre connaissance de la substance des dispositions ou conventions dont la perception distincte excède généralement les bornes de leurs connaissances et de leurs facultés;

» Qu'aussi, dans la distribution des peines, la poursuite criminelle qui s'attache à la fois au notaire et aux témoins, dans le cas où un Testament aurait été signé par eux, sans qu'*ils eussent vu* le testateur, sans qu'*ils l'eussent entendu* prononcer ses dispositions ou qu'ils l'eussent vu les présenter à la suscription, n'atteint plus que le notaire, dans le cas où la substance de l'acte aurait été altérée dans la rédaction, comme dans celui où d'autres dispositions auraient été écrites que celles qui avaient été dictées; en quoi la loi se conforme à la démarcation des fonctions respectives et attache l'imputabilité à l'infraction du devoir que chacun avait à remplir (1);

» Attendu que de ces principes ainsi établis, résulte d'abord cette conséquence relative à la question générale des capacités requises dans les témoins testamentaires, que ces capacités doivent être telles, sous le rapport des facultés physiques et intellectuelles, qu'ils aient pu voir, entendre, percevoir les faits qui se sont passés sous leurs yeux, en saisir l'objet et l'application, être en état d'en témoigner et rendre compte; *testis debet testari de eo quod sensu aliquo percepit, et ex sensu rationem sui dicti reddere;*

» Que, passant de cette conséquence à son application à la question particulière de la nécessité dont il peut être que le témoin entende et comprenne la langue dans laquelle s'exprime le testateur, on aperçoit que le doute ne se présente que dans des suppositions extrêmes; qu'on peut, en effet, se former l'hypothèse d'un particulier introduit dans une réunion, sans aucune connaissance des personnes qui la composent, du langage dans lequel elles s'entretiennent, de l'objet de leur réunion, en sorte qu'il n'ait rien compris de

---

savent écrire, et par conséquent lire, a dû nécessairement leur supposer les connaissances nécessaires pour discerner et comprendre parfaitement tout ce qui se dit devant eux. Les inconvéniens que relève ici l'arrêt, sont d'ailleurs très-rares, et le législateur n'a pas dû les prendre en considération : *Nam ad ea potiùs debet aptari jus quæ et frequenter et facilè, quàm quæ perrarò accidunt.* (Loi 5, D. *de legibus.*)

(1) Qu'il n'y ait que le notaire de puni des peines portées par l'art. 146 du Code pénal, lorsqu'à l'insu des témoins qui n'usent pas de la faculté qu'ils ont de lire ce qu'il a écrit, avant d'y apposer leurs signatures, il altère dans sa rédaction les dispositions qui lui ont été dictées par le testateur, cela est tout simple. Mais je voudrais bien savoir s'il échapperait à la cassation, l'arrêt d'une cour d'assises qui ne considérerait pas comme complices du notaire et ne punirait pas des mêmes peines que lui, des témoins qui signeraient avec lui un Testament dont ils sauraient qu'il a altéré la rédaction.

Digitized by Google

ce qui se passait sous ses yeux; que, sans doute, un tel individu ne serait pas un témoin suffisant de l'acte qu'on prétendrait avoir été passé en sa présence; mais qu'il en serait autrement, si, avec une connaissance imparfaite de la langue parlée par les personnes avec lesquelles il aurait été d'ailleurs dans l'habitude de communications journalières, il avait pu être instruit de l'objet de leur vocation, comprendre quel acte il s'agissait de rédiger, suivre le développement, la réalité et la bonne foi des formes extérieures et solennités dont on l'aurait revêtu;

» Que tel était, dans l'état de la cause, Philippe Tailleur, dont le témoignage est principalement impugné; que, sans habitude de la langue française, ne l'employant pas, ne l'entendant qu'imparfaitement, et trop imparfaitement sans doute pour bien concevoir, à la lecture ou à la prononciation, le sens et la valeur des dispositions énoncées par le testateur, il n'était pas cependant totalement étranger à l'usage de cette langue, aussi familière, aussi vulgaire que la langue allemande dans la commune où il était né et avait constamment vécu depuis plus de soixante années; qu'il a donc su qu'il était appelé par le sieur de Kœller, bien connu de lui, et qu'il a dû reconnaître dans la personne alitée près de laquelle il était introduit; qu'il a dû parfaitement comprendre qu'il était appelé à la confection d'un Testament, et que ce que dictait le sieur Kœller, était ses dispositions testamentaires; qu'il a pu juger de la liberté, de l'énonciation distincte avec lesquelles il les prononçait; qu'il a vu le notaire écrire, qu'il l'a entendu relire la rédaction; qu'il a vu le testateur l'approuver, la signer; qu'il a donc distinctement perçu, et avec une pleine latitude de moyens de les appliquer à leur objet, tous les faits, toutes les circonstances qu'il était important qu'il recueillît, et dont il était appelé à rendre témoignage (1);

» Qu'il faut faire état encore de cette circonstance qui réduit la cause à des termes plus spéciaux et aurait pu, peut-être, dispenser de l'envisager sous un point de vue plus général et plus abstrait; que le notaire, tous les témoins, et, à ce qu'il paraît (1), le testateur lui-même, avaient l'usage familier de la langue allemande parlée par Philippe Tailleur; qu'aucun moyen de communication réciproque ne leur a donc manqué (2), et que Tailleur a pu facilement acquérir, du fond même et de la substance des dispositions testamentaires, une perception aussi distincte que l'ont pu acquérir tous les autres témoins (3), aussi distincte que l'auraient pu acquérir tous autres individus de la même classe appelés à les remplacer; que le défaut d'habitude de la langue française, de la part du témoin, n'atténue donc, ni la force de son témoignage, ni la solennité de l'acte, et que cette circonstance serait plutôt un prétexte qu'un juste motif d'en prononcer la nullité ».

Les héritiers du sieur Kœller se pourvoient

(1) Il était appelé à rendre témoignage, non seulement de ces faits et de ces circonstances, mais encore de *la vérité* des dispositions écrites (on se rappelle que ce sont les propres termes de M. d'Aguesseau): or, de l'aveu de l'arrêt, il entendait *trop imparfaitement* la langue française, *pour bien concevoir, à la lecture ou à la prononciation, le sens et la valeur des dispositions énoncées par le testateur.* Donc il ne pouvait pas rendre témoignage de la conformité des dispositions énoncées par le testateur, aux dispositions écrites par le notaire. Donc il ne pouvait pas être témoin.

(1) *A ce qu'il paraît!* Ainsi, ce n'est pas même sur des *présomptions graves, précises et concordantes* (les seules que l'art. 1353 du Code civil permet aux juges d'admettre à défaut de preuves), c'est sur une simple apparence, dont rien ne justifie la réalité, que l'arrêt se fonde pour juger qu'un témoin qui n'a pas pu, par lui-même, comprendre les dispositions dictées par le testateur, les a cependant comprises! Si ce n'est point là de l'arbitraire tout pur, je ne m'y connais pas.

(2) Encore une supposition toute gratuite; mais celle-ci est d'une autre nature que la précédente. Le fait qui est l'objet de la précédente, pouvait être prouvé par témoins. En supposant ce fait, l'arrêt abuse de la faculté que l'art. 1353 du Code civil confère aux juges de recourir, faute de preuves, aux présomptions non établies par la loi; mais du moins il ne viole pas ouvertement cet article. Ici, au contraire, l'arrêt suppose un fait qui ne pouvait être prouvé que par écrit, qui ne pouvait même l'être que par le testament; car ce n'était que par le testament même qu'il pouvait être constaté que le contenu en avait été interprété en langue allemande, tant au moment où le testateur en avait dicté les dispositions, qu'au moment où le notaire, après les avoir écrites, en avait donné lecture. L'arrêt viole donc, en admettant cette seconde supposition, l'art. 1353 du Code civil.

(3) Avec cette différence essentielle pourtant, que les autres témoins ne devaient cette *perception* qu'à leurs propres sens, au lieu qu'il n'eût pu l'acquérir que par l'intermédiaire de sens étrangers, circonstance qui, même dans l'hypothèse d'une interprétation que rien ne prouvait avoir eu lieu, eût dû le faire retrancher du nombre légal des témoins requis pour la perfection du testament.

Digitized by Google

en cassation contre cet arrêt, et proposent deux moyens : contravention à l'art. 1351 du Code civil, relatif à l'autorité de la chose jugée, en ce que l'arrêt valide un Testament dont la nullité était subordonnée par un jugement interlocutoire auquel les parties avaient acquiescé, à la preuve du fait que l'un des témoins du Testament n'entendait pas la langue française; contravention aux art. 971 et 972 du même Code, en ce que Philippe Tailleur a été jugé témoin capable, quoiqu'il fût bien prouvé qu'il n'avait pu comprendre, ni ce que le testateur avait dicté, ni ce que le notaire avait lu.

Par arrêt du 14 juillet 1818, au rapport de M. Rousseau,

« Sur le premier moyen, attendu qu'il s'agit d'un jugement purement interlocutoire; que l'arrêt attaqué a mis hors de cour sur l'appel de ce jugement; qu'il n'a rien jugé de contraire à la preuve admise, et que la cour royale a pu statuer sur le fond par des moyens de fait ou de droit, sans qu'il en puisse résulter une violation de chose jugée par l'interlocutoire;

» Sur le second moyen, attendu 1° que le témoin dont il s'agit, avait les qualités requises par l'art. 980 du Code civil, et n'était dans aucun des cas d'exclusion portés par l'art. 975;

» Attendu 2° qu'il résulte des faits et des circonstances relevées *finalement* par l'arrêt attaqué, que la cour royale a reconnu que le témoin dont l'idonéité était contestée, avait pu acquérir, sur le fond et la substance même des dispositions testamentaires, une perception aussi distincte que l'ont pu acquérir les autres témoins du Testament; qu'en cela, elle n'a fait qu'apprécier une faculté personnelle du témoin; ce qui ne peut donner ouverture à cassation, et dispense de s'occuper des autres motifs sur lesquels la cour d'appel s'est appuyée pour valider le Testament dont est question;

La cour rejette le pourvoi..... ».

En rapportant, en 1815, dans le *Répertoire de jurisprudence* (1), un arrêt de la cour de cassation, du 28 juillet 1813, qui me paraissait contraire aux principes, quoiqu'il eût été mûri par une longue délibération de la section civile, j'ai osé insinuer que cet arrêt ne tiendrait pas contre un nouvel examen de la question qu'il avait jugée; et ma prédiction s'est vérifiée depuis (2).

Eh bien! J'ose prédire également que l'arrêt *de rejet* que je viens de retracer, ne fera point jurisprudence. Il ne s'attache, remarquons-le bien, qu'au dernier motif de la cour royale de Nancy : il admet la supposition hasardée sans le moindre prétexte par cette cour, non seulement que le testateur entendait l'allemand comme le français, mais encore qu'il s'est réuni au notaire et aux trois témoins qui entendaient les deux langues, pour expliquer ses dispositions en allemand au témoin Philippe Tailleur; et il déclare qu'il ne peut résulter de là aucune ouverture à cassation ! Il restait pourtant à savoir si des magistrats avaient pu, sans violer l'art. 1353 du Code civil, se permettre une pareille supposition; et ce n'était pas tout : même cette supposition admise, il restait encore à réfuter les raisons qui s'élèvent pour démontrer que, pour qu'un témoin puisse remplir dans un Testament les fonctions qu'il est appelé à y partager avec le notaire, il faut qu'il ait personnellement l'intelligence nécessaire à cet effet.

A quoi se réduit donc, en dernière analyse, la jurisprudence des arrêts que l'on oppose à la doctrine uniforme de tant de jurisconsultes, et à des raisons aussi convaincantes? Elle se réduit,

Pour la cour de Bruxelles, à cinq arrêts dont le quatrième abandonne les motifs des trois premiers, pour leur en substituer d'autres qui ne valent pas mieux, et dont le cinquième avoue implicitement qu'ils ont tous mal jugé;

Pour la cour de Liége, à un arrêt qui, même en admettant la possibilité légale de remplacer, par une interprétation faite au témoin qui n'entend pas la langue employée dans le Testament, la nécessité où il est d'entendre et de comprendre les dispositions dictées, écrites et lues, serait encore en opposition avec la loi qui, non contente que chaque témoin entende et comprenne les dispositions écrites et lues, veut encore qu'il entende et comprenne les dispositions dictées;

Pour la cour de Metz, à un arrêt qui, entaché du même vice que celui de la cour de Liége, reconnaît d'ailleurs et démontre parfaitement que la doctrine dont il s'agit, est, en thèse générale, la seule qui puisse s'accorder avec l'esprit de la loi;

Pour la cour de Nancy, à un arrêt qui, à la suite d'une longue série de principes souverainement faux, se termine par une supposition que la loi condamne hautement;

Enfin, pour la cour de cassation, à deux arrêts *de rejet*, dont le premier contrarie plutôt

(1) Au mot *Transcription*, §. 3, n° 1, 2e note.
(2) *V.* ci-après l'article *Transcription*, §. 5.

Digitized by Google

qu'il ne favorise l'opinion à laquelle on voudrait le faire servir d'appui, et dont le deuxième donne à cette opinion une latitude qui suffirait seule pour en faire sentir l'illégalité.

§. XVIII. 1° *L'héritier* ab intestat *est-il encore recevable à attaquer comme nul, le Testament fait à son préjudice, lorsqu'après en avoir pris connaissance, il a passé un acte par lequel, en l'absence et sans la participation de celui ou de ceux au profit desquels le défunt avait disposé, il a déclaré qu'il en approuvait les dispositions et consentait qu'elles eussent leur plein effet, sans néanmoins y exprimer le vice dont ce Testament est entaché, ni manifester l'intention de réparer ce vice?*

2° *L'exécution volontaire d'un Testament nul en couvre-t-elle les vices? Les couvre-t-elle notamment à l'égard des légataires à qui sont étrangères les dispositions sur lesquelles elle porte* (1)?

I. L'acte qui est l'objet de la première question, n'est point une *exécution* du Testament: il n'en est que l'*approbation*, la *confirmation*; et tout le monde sait qu'*approuver* ou *confirmer* et *exécuter* une disposition nulle, sont deux choses bien différentes.

En thèse générale, l'exécution volontaire, lorsqu'elle a été contradictoire avec la partie qui en excipe, suppose nécessairement une volonté ferme, constante et éclairée de se conformer à la disposition que l'on pourrait contester; elle emporte, par conséquent, au moins pour les actes entre-vifs (car on verra bientôt qu'il y a, à cet égard, quelques controverses par rapport aux dispositions à cause de mort), elle emporte, disons-nous, renonciation à tous les moyens, à toutes les exceptions que l'on serait en droit d'y opposer; et à moins que celui qui a ainsi exécuté une disposition nulle, ne prouve qu'il en ignorait le vice par une erreur de fait, il ne peut plus revenir sur ses pas.

Quant à la confirmation, elle produit bien le même effet, lorsqu'elle contient une déclaration expresse et acceptée (ou censée acceptée, comme on l'expliquera tout-à-l'heure par la partie intéressée) du motif sur lequel pourrait être fondée l'action en nullité de la disposition qui en est l'objet, et qu'elle annonce ouvertement l'intention de réparer le vice qui pourrait servir de base à cette action: mais si elle est pure et simple, elle laisse la disposition nulle telle qu'elle est, elle n'en couvre point la nullité.

Cette distinction n'est que le résultat de la doctrine de Dumoulin, sur l'art. 5 de l'ancienne coutume de Paris, au mot *Dénombrement*, nos 87 et suivans.

Ce grand jurisconsulte y distingue deux espèces d'actes confirmatifs: les uns, qu'il appelle *actes confirmatifs en la forme ordinaire*, et qui se font par simple relation à l'acte confirmé, que l'auteur de la confirmation suppose, sans examen, valable dans son principe: *quandò non exprimitur ad longum tenor confirmati, vel confirmans sese refert ad illud et confirmat, sicut sine pravitate, vel sicut justè et legitimè obtentum et possessum fuit*; les autres qu'il appelle *confirmations en connaissance de cause et en forme dispositive*, et qui se font, non seulement à la suite de la teneur entière de l'acte confirmé, mais encore avec la mention formelle de la nullité qui le viciait dans son origine: *quandò enarrato toto tenore confirmati approbatur, recognoscitur et confirmatur à potestatem habente.*

Et quels sont, suivant Dumoulin, les effets de ces deux espèces d'actes confirmatifs? Ceux de la première espèce ne valident point les actes confirmés; ils les laissent dans leur nullité primitive: *hujus modi confirmatio nihil dat, nihil novi juris confert, nec invalidum validat; non enim fit ad finem disponendi; sed solùm ad finem approbandi confirmabile tale quale est, et non aliter.* Il faut donc, pour valider une disposition originairement nulle, une confirmation de la seconde espèce; et encore, dans ce cas, l'acte ne vaudrait-il pas, à proprement parler, comme confirmatif, mais bien plutôt comme disposition nouvelle et principale: *etiamsi confirmatum sit nullum et invalidum, validaretur per confirmationem potestatem habentis, scientis nullitatem et vitium confirmati... sed tunc propriè non dicitur confirmatio, sed nova et principalis dispositio.*

Cette doctrine que Dumoulin professait pour toutes les dispositions nulles indistinctement, est spécialement appliquée aux matières contractuelles par l'art. 1338 du Code civil, qui, en même temps, consacre dans les termes les plus précis, la différence que nous venons de signaler entre la confirmation et l'exécution.

« L'acte de confirmation ou ratification

(1) La question qui, à l'article *Testament*, sect. 2, §. 4, art. 5, no 3, du *Répertoire de jurisprudence*, est renvoyée à ce paragraphe, sera traitée dans le suivant.

Digitized by Google

(porte-t-il) d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision, n'est valable que lorsqu'on y trouve la substance de cette obligation, la mention du motif de l'action en rescision et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée.

» A défaut d'acte de confirmation ou ratification, il suffit que l'obligation soit exécutée volontairement après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée.

» La confirmation, ratification ou exécution volontaire dans les formes et à l'époque déterminées par la loi, emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte.... »

Ainsi, la confirmation ou ratification et l'exécution volontaire ont cela de commun, qu'elles purgent également l'obligation nulle du vice qui l'entachait originairement. Mais elles diffèrent en ce que la seconde opère cet effet du moment que la partie à laquelle la nullité est acquise, manifeste par des faits ou des actions, la volonté d'y renoncer; au lieu que cet effet ne résulte de la première, que lorsqu'à la connaissance du vice de l'obligation se joint une renonciation expresse au droit d'en exciper.

Il résulte déjà de ce simple aperçu que, si l'art. 1338 du Code civil, qui ne parle textuellement de la confirmation et de l'exécution, que relativement aux *obligations* entachées de nullité, peut et doit (ce que nous examinerons dans un instant) être étendu doctrinalement et par identité de raison aux dispositions testamentaires, il est impossible que, par l'acte que je suppose ici, l'héritier *ab intestat* ait couvert la nullité du Testament fait à son préjudice.

En effet, il a bien déclaré, par cet acte, qu'il connaissait le Testament, qu'il l'approuvait et qu'il en consentait l'exécution; mais 1° il n'y a pas inséré le motif sur lequel pouvait être fondée l'action qu'il avait pour le faire annuler; 2° il y a encore moins exprimé *l'intention de réparer le vice* de ce Testament.

Il y a plus : y eût-il fait une mention expresse du vice de ce Testament, et se fût-il littéralement référé à ce vice, quand il a déclaré qu'il en consentait l'exécution, son action en nullité n'en serait pas moins demeurée intacte, et pourquoi?

Parce que ni les légataires, ni personne pour eux, n'est intervenu à cet acte; parce que sa déclaration n'a été acceptée ni alors, ni depuis, soit par eux, soit par qui que ce soit en leur nom; et conséquemment parce qu'il n'a pu résulter de cet acte, aucune espèce d'engagement de sa part envers eux.

On objecterait inutilement, sur ce dernier point, que l'art. 1338 du Code civil n'exige pas que la partie intéressée à la confirmation de l'acte entaché de nullité, intervienne dans l'acte confirmatif, et l'accepte.

Sans doute, il ne l'exige pas, et il y en a une raison bien simple : c'est qu'il n'est question, dans cet article, que des actes confirmatifs d'*obligations* précédemment contractées entre deux parties; que déjà la partie au profit de laquelle est passé l'acte confirmatif, a exprimé, dans l'acte confirmé, son consentement à ce qu'il reçût sa pleine exécution; que l'autre partie ne fait, par l'acte confirmatif, que joindre de nouveau son consentement à la même fin; que de là résulte un concours de deux consentemens qui, pour être donnés à des époques différentes, n'en suffisent pas moins pour former ce qu'on appelle *vinculum obligationis;* qu'en un mot, l'acte confirmatif est censé passé contradictoirement avec la partie qui n'y comparait pas, par cela seul qu'il se rattache à un consentement antérieur de cette partie.

Voilà comment M. Toullier, dans son *Droit civil français*, tome 8, page 285, explique, d'après un passage de Tulden, sur le titre du Code Justinien, *si major factus*, et mes conclusions du 4 termidor an 9, rapportées au mot *Mineur*, §. 3, pourquoi l'art. 1338 fait entendre par son silence, qu'il n'est pas nécessaire que la ratification d'une obligation nulle soit faite en présence de la partie intéressée.

Mais il en est tout autrement, lorsque, comme dans l'hypothèse qui m'occupe ici, il s'agit d'une disposition à cause de mort.

Dans ce cas, en effet, il ne s'est rien passé précédemment entre l'héritieur *ab intestat* et le légataire : le légataire n'avait rien stipulé de l'héritier *ab intestat;* celui-ci n'avait rien promis à celui-là; il n'existait donc encore, au moment de l'acte confirmatif, aucun commencement d'obligation entre eux; l'acte confirmatif est le premier anneau de la chaîne qui peut les lier l'un à l'autre; mais il ne peut pas seul former cette chaîne; il faut, pour cela, que l'acceptation du légataire vienne s'y joindre; et dès qu'il ne s'y joint pas, cet acte ne peut être considéré que comme une simple pollicitation; or, comme le dit la loi première, *D. de pollicitationibus*, la simple pollicitation n'oblige à rien : *nuda pollicitatio*

Digitized by Google

obligationem non parit, parce qu'il ne peut se former d'obligation que par le concours de deux volontés, *concursu duorum in idem placitum*.

Répétons-le donc, si l'art. 1338 est applicable aux dispositions à cause de mort, comme aux *obligations* qui en forment l'objet direct, il est indubitable que l'héritier *ab intestat* ne s'est pas dépouillé, en signant l'acte que je suppose, du droit de faire annuler le Testament fait à son préjudice.

Mais peut-on réellement appliquer aux dispositions à cause de mort, qui sont nulles dans la forme, les régles de confirmation et de ratification que l'on trouve écrites dans l'art. 1338 du Code civil ?

A la première vue, il paraît sortir de l'art. 1339, un argument bien fort pour la négative; car cet article porte que « le donateur ne » peut réparer, par aucun acte confirmatif, » le vice d'une donation entre-vifs ; nulle en » la forme, il faut qu'elle soit refaite en la » forme légale »; et l'on ne manquera pas de dire que, si l'art. 1338 n'est pas applicable aux donations entre-vifs, il ne peut pas non plus l'être aux donations à cause de mort, qu'il doit donc nécessairement être restreint aux contrats commutatifs.

Mais il faut bien faire attention à une chose: c'est que l'art. 1339 ne dispose, comme il le fait, que relativement au donateur, et que sa disposition, en ce qui concerne le donateur, est fondée sur un motif tout-à-fait particulier.

La donation entre-vifs est sans doute un contrat proprement dit, puisqu'elle ne peut s'effectuer que par le consentement de deux parties, dont l'une donne et l'autre accepte; mais elle a un caractère spécial et qui la distingue des contrats commutatifs.

Pour les contrats commutatifs, le seul consentement des parties suffit à leur perfection; il suffit donc aussi, de quelque manière qu'il soit exprimé, pour les purger, par un acte confirmatif, des vices dont ils ont pu être originairement entachés. Mais la donation entre-vifs est assujétie à des formes intrinsèques faute desquelles elle est sans effet. Le donateur ne peut donc pas, si ces formes ont été omises, y suppléer par un simple acte confirmatif: il aurait donc beau renoncer, par un acte de cette nature, à la nullité qu'opère l'absence de ces formes; une pareille renonciation ne serait, de sa part, qu'une seconde donation destituée, comme la première, des formes qui constituent son essence, et qui par conséquent ne pourrait, pas plus que la première, servir de titre à son expropriation.

Cette dérogation de l'art. 1339 à l'art. 1338 est-elle limitée, en ce qui concerne le donateur, à la confirmation expresse, à l'acte confirmatif proprement dit, et est-elle, en conséquence, inapplicable aux actes d'exécution qui pourraient émaner du donateur lui-même? C'est sur quoi l'on n'est pas généralement d'accord. D'une part, M. Toullier soutient l'affirmative, tome 8, n° 526; d'un autre côté, dans les conclusions du 9 novembre 1814, qui sont rapportées dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Testament*, sect. 2, §. 5, j'ai présenté la négative comme une vérité constante, et elle a été effectivement consacrée depuis par un arrêt de la cour de cassation, du 6 juin 1821.

Mais ce qui est hors de toute controverse c'est que, relativement aux héritiers du donateur, la règle établie par l'art. 1338, n'admet point de restriction, et que, si, après la mort du donateur, ses héritiers font une confirmation motivée de la donation entre-vifs, ils en couvrent la nullité ni plus ni moins que s'ils l'exécutaient volontairement.

C'est ce que déclare nettement l'art. 1340 : « La confirmation ou ratification, ou exécu- » tion volontaire d'une donation par les héri- » tiers ou ayant-cause du donateur, après » son décès, emporte leur renonciation à » opposer, soit les vices de forme, soit toute » autre exception ».

De quelle *confirmation*, de quelle *ratification* est-il question dans cet article? C'est bien évidemment de la *confirmation*, de la *ratification* dont il a été parlé dans l'art. 1338; c'est donc de la *confirmation* ou *ratification* qui est précédée ou accompagnée de la manifestation expresse d'une parfaite connaissance du vice de l'acte et de l'intention de le couvrir; et c'est ce que je crois avoir démontré dans les conclusions déjà citées du 9 novembre 1814.

De tout cela il résulte bien clairement que, si l'art. 1338 du Code civil peut être appliqué aux dispositions à cause de mort, comme aux dispositions contractuelles, il n'y a nul doute que l'acte qui est l'objet de ce paragraphe, n'a pas couvert la nullité du Testament, puisque, d'une part, il ne peut, sous aucun rapport, être considéré comme *l'exécution* du Testament même, et que, de l'autre, la confirmation qu'il en renferme, n'est ni précédée ni accompagnée, tant de la déclaration expresse que l'héritier *ab intestat* connaissait la nullité des dispositions du défunt, que d'une manifestation quelconque de son intention

Digitized by Google

de renoncer à l'exception résultant de cette nullité.

Examinons donc si les dispositions à cause de mort sont susceptibles de l'application de l'art. 1338 du Code civil.

Elles n'en sont certainement pas susceptibles, *vi legis*, puisqu'il ne s'agit dans cet article que des obligations; et par cette raison, l'on ne pourrait pas, comme je l'ai soutenu dans les conclusions citées plus haut, en tirer un moyen de cassation contre un arrêt qui eût jugé l'héritier *ab intestat* recevable à impugner un Testament qu'il eût approuvé ou exécuté en connaissance de cause.

Mais ne sont-elles pas susceptibles de l'application de cet article *ex identitate rationis?*

Furgole, qui écrivait long-temps avant que ces articles fussent décrétés, mais à une époque où était universellement reçue la doctrine de Dumoulin sur laquelle ils sont calqués, n'hésite pas, dans son *Traité des Testamens*, chap. 6, sect. 3, n° 142, à se prononcer pour la négative : « comme le remarquent (dit-il) » Paul de Castro et M. le président Favre, la » validité ou l'invalidité du Testament ne » dépend pas de la volonté ni de l'approba- » tion des parties intéressées : elle dépend » absolument de la loi : ce qui constitue une » différence notable entre les Testamens et » les contrats; vu que les contrats dépendant » absolument de la volonté et de la conven- » tion des parties, on peut rendre valides » par l'approbation, ceux qui étaient nuls et » inefficaces dans leur principe; mais il n'en » est pas de même des Testamens, qui ne » peuvent être valables, qu'autant que la loi » les reconnaît pour bons. Voilà pourquoi on » ne peut pas prendre un argument de l'ap- » probation ou ratification des contrats, pour » en faire l'application et l'extension aux Tes- » tamens ».

On aperçoit déjà la conséquence à laquelle ce principe va nous conduire par rapport à la question actuelle; c'est que, si l'on ne peut étendre l'art. 1338 du Code civil aux dispositions testamentaires à l'effet d'en conclure qu'un Testament nul dans la forme est validé par la confirmation ou ratification qu'en fait l'héritier *ab intestat*, on peut du moins l'y étendre à l'effet d'en conclure, par argument *à fortiori*, qu'une confirmation ou ratification qui serait insuffisante pour valider un contrat nul, le serait à plus forte raison pour couvrir la nullité d'un Testament.

En effet, comme je le disais dans les conclusions du 9 novembre 1814, la partie qui confirme ou ratifie un contrat à titre onéreux dont elle pourrait demander la nullité, ne perd pas tout par la confirmation ou ratification qu'elle en fait : le contrat qu'elle confirme ou ratifie, étant commutatif, elle conserve nécessairement les avantages qu'elle en a tirés. Au lieu que l'héritier *ab intestat* qui confirme ou ratifie le Testament qu'il pourrait faire déclarer nul, renonce gratuitement à un droit qui lui est acquis; il se dépouille, sans avoir reçu préalablement aucune indemnité; il s'exproprie, sans aucun retour de la part de l'héritier institué ou du légataire à qui il fait le sacrifice de son droit. Et comme la renonciation gratuite à un droit acquis ne se présume jamais, il doit être bien plus difficile de présumer que l'héritier *ab intestat* a confirmé ou ratifié un Testament entaché de nullité, qu'il ne l'est de présumer qu'une partie contractante à titre onéreux a ratifié la convention dont elle aurait pu faire prononcer l'annullation. Si donc l'approbation ou ratification d'une partie contractante à titre onéreux, ne couvre la nullité d'une convention, que lorsqu'elle renferme à la fois et la mention expresse du vice d'où résultait cette nullité et l'intention manifeste de réparer ce vice, à plus forte raison doit-il en être de même de la confirmation ou ratification que fait l'héritier *ab intestat* d'un Testament nul.

Mais voyons quelles étaient, sur cette matière, les dispositions des lois romaines.

D'abord, quant à l'exécution volontaire, elles faisaient une distinction fort remarquable entre l'institution d'héritier et les simples legs.

Quand l'institution d'héritier était nulle par le défaut de formes suffisantes dans le Testament qui la contenait, l'héritier *ab intestat* avait beau l'exécuter contradictoirement avec l'héritier institué; il n'en était pas moins recevable à en demander l'annullation.

La loi 5, D. *de his quæ ut indignis auferuntur*, déclare que l'héritier *ab intestat* peut faire annuler le Testament pour vice de forme, même après avoir reçu de l'héritier institué le legs que le testateur lui avait laissé en l'excluant de l'hérédité : *Post legatum acceptum, non tantùm licebit falsum arguere Testamentum, sed et non jure factum contendere*. Assurément recevoir un legs des mains de l'héritier institué, c'est bien exécuter contradictoirement avec celui-ci, le Testament qui contient tout à la fois et ce legs et l'institution d'héritier. Cependant cette exécution purement volontaire de la part de l'héritier

Digitized by Google

ab intestat, n'élève contre lui aucune fin de non-recevoir.

La loi 4, C. *de juris et facti ignorantiâ*, établit la même chose par rapport à l'héritier *ab intestat* qui a exécuté de fait l'institution d'héritier contradictoirement avec l'institué, en partageant avec lui la succession que le testateur leur avait déférée à tous deux par un Testament vicieux dans la forme : *si post divisionem factam, Testamenti vitium in lucem emerserit, ex his quæ per ignorantiam confecta sunt, præjudicium tibi non comparabitur. Ostende igitur hoc.... testamentum... juris ratione stare non posse, ut infirmatâ scripturâ quæ vice Testamenti prolata est, solidam successionem obtineas.*

Et il ne faut pas croire que, dans cette espèce, il ne soit question que d'une erreur de fait qui ait donné lieu à l'exécution volontaire du Testament de la part de l'héritier *ab intestat*. Non seulement la loi ne distingue point entre l'erreur de fait et l'erreur de droit, mais les interprètes sont généralement d'accord qu'elle s'applique au cas où il y a eu erreur de droit, comme à celui où il n'y a eu qu'erreur de fait : *idem si in jure erraverit*, dit Accurse, dans la grande glose. Voët, dans son traité de *Familiâ erciscundâ*, chap. 14, n° 12, paraît d'abord en douter : *de juris errore non idem fortè videri posse dicendum, cùm regula prodita sit ejus quod per juris ignorantiam datum aut solutum est, cessare repetitionem;* mais, ajoute-t-il, *his non obstantibus, probabilius est rectè desiderari posse rescisionem divisionis cùm eo celebratæ quem posteà coheredem esse non constitit;* comme, par exemple, si l'héritier *ab intestat*, après avoir partagé la succession avec un étranger institué conjointement avec lui par un Testament, venait à prouver qu'il y a dans cet acte un vice de forme auquel il n'avait d'abord pas pris garde : *veluti si processerit ad divisionem cùm alio in eodem quidem testamento, verùm inutiliter instituto, dummodo docuerit dispositionem testamentariam cujus vitium antè non animadverterat, juris auctoritate destitui respectu coheredis.*

Il en était autrement des simples legs : quoique nuls dans la forme, ils étaient validés par l'exécution volontaire que l'héritier *ab intestat* donnait au Testament dont il n'avait ignoré la nullité que par une erreur de droit; et cet héritier n'était plus recevable à les répéter, après en avoir fait la délivrance au légataire. C'est ce qui résulte notamment de la loi 9, §. 5, D. *de juris et facti ignorantiâ*, et de la loi 38, D. *de fideicommissariis libertatibus*. Ainsi, le droit romain disposait par rapport aux legs, comme le fait l'art. 1340 du Code civil par rapport à la donation entre-vifs; mais il est à remarquer que, comme l'art. 1340 du Code civil, il exigeait, pour la ratification d'un legs nul dans la forme, un fait contradictoire entre l'héritier *ab intestat* et le légataire, c'est-à-dire, une délivrance du legs faite au second par le premier; ce qui était parfaitement conforme à la définition que les institutes de Justinien nous donnent du legs : *legatum est donatio quædam à defuncto relicta, ab herede præstanda.*

Si donc le legs nul était ratifié par cette délivrance, c'était uniquement parceque cette délivrance étant contradictoire entre l'héritier qui l'accordait et le légataire qui la recevait, elle formait entre eux une convention tacite d'exécuter les dispositions du défunt, quoiqu'irrégulières; et cela est si vrai, que tous les interprètes du droit romain s'accordaient à dire que cette ratification ne profitait qu'au légataire à qui le legs nul avait été délivré; en sorte que, s'il y en avait d'autres à qui l'héritier n'eût pas également accordé délivrance, ils ne pouvaient pas se prévaloir contre lui, pour exiger leurs legs, de l'approbation non contradictoire avec eux qu'il avait donnée au Testament.

Sed numquid (disait Accurse, sur la loi 16, §. 1, C. *de testamentis*) *si unum in totum solvit, in aliis sibi præjudicat? Respondeo quòd non.*

Cæterùm (disait également Barry, *de successionibus*, liv. 10, tit. 12, n° 3) *licet heres solverit sciens uni legatario legatum ex minùs solemni testamento, non ideò cogitur alia aliis solvere.*

C'est ce que décidait aussi Julius Clarus, liv. 3, au mot *Testamentum*, §. 90, en ajoutant que telle était l'opinion commune, *et est communis opinio.*

D'où venait cette différence entre l'institution d'héritier et le legs? Pourquoi l'une n'était-elle pas validée, comme l'autre, par l'exécution volontaire que lui donnait l'héritier *ab intestat*, lors même que cette exécution résultait d'un fait contradictoire entre lui et l'héritier institué conjointement avec lui-même? C'est (répond Furgole, à l'endroit cité, n° 144) que le legs ne dépendait que de la nue volonté du défunt; et que, dès que cette volonté était volontairement exécutée par l'héritier *ab intestat*, rien ne manquait à sa perfection; au lieu que l'institution d'héritier dépendait de solennités spéciales; qu'à défaut de ces solennités, elle n'était rien; et que l'héritier *ab intestat* ne pouvait lui donner, par le seul fait de l'exécution volontaire qu'elle recevait, de sa part, entre lui et l'hé-

Digitized by Google

ritier institué, une consistance qu'elle n'avait pas par elle-même.

Les raisons de cette différence ne subsistent plus dans notre jurisprudence. D'une part, les formalités qui, dans notre jurisprudence, sont essentiellement constitutives de l'institution d'héritier, ne le sont pas moins des legs proprement dits; les legs proprement dits ne sont plus aujourd'hui l'ouvrage de la volonté nue du testateur : ils ne peuvent plus exister que par l'accomplissement littéral de toutes les formalités que la loi impose au testateur, comme condition *sinè quâ non* de l'expression de sa volonté. D'un autre côté, l'institution d'héritier n'est elle-même qu'un simple legs qui, pour être universel, ne change pas pour cela de nature.

Que devons-nous conclure de là? Faut-il aujourd'hui raisonner par rapport à l'institution d'héritier, comme on raisonnait dans le droit romain, par rapport aux simples legs; et dire, en conséquence, que la nullité en est couverte par l'exécution volontaire que lui donne l'héritier *ab intestat* en mettant l'héritier institué en possession de l'hérédité? Ou, au contraire, faut-il raisonner par rapport aux simples legs, comme on raisonnait dans le droit romain par rapport à l'institution d'héritier; et en conséquence, dire que les legs nuls ne sont pas validés par la délivrance qu'en fait l'héritier *ab intestat;* que l'héritier *ab intestat* peut les répéter comme choses induement payées; et qu'encore qu'une erreur de droit ait donné lieu au paiement, la répétition n'en doit pas moins être accueillie, parceque le Code civil, ainsi que le prouve fort bien M. Toullier, dans son *Droit civil français*, tome 6, page 87, admet en général la *condictio indebiti*, lors même que le paiement a été fait par erreur de droit?

Cette question dépend d'une autre qui est fort controversée entre les interprètes : c'est de savoir s'il y a, pour l'héritier *ab intestat*, obligation naturelle d'exécuter une disposition à cause de mort qui est nulle dans la forme?

Si l'on se détermine pour la négative, avec Balde, sur la loi 10, C. *de juris et facti ignorantiâ;* avec Cynus, Fulgosius et Jason, sur la loi 1re, D. *de juris et facti ignorantiâ;* avec Covarruvias, sur le chap. 10, aux décrétales, *de testamentis*, nº 9; avec Vasquius, *de successionibus*, liv. 1, §. 1, nº 22, point de doute que l'on ne doive, par une conséquence nécessaire, et d'après les principes établis par le Code civil relativement à la *condictio indebiti*, admettre l'héritier *ab intestat* à répéter les legs nuls qu'il a payés par erreur de droit, et à faire annuler l'institution d'héritier qu'il a exécutée par une erreur de cette nature.

Mais si, adoptant avec Julius Clarus, liv. 3, §. *testamentum*, quest. 90, l'opinion de beaucoup d'autres interprètes, on fait résulter une obligation naturelle, même d'un testament dénué de ses formes les plus importantes, il est clair que l'on doit attribuer à l'exécution donnée volontairement par l'héritier *ab intestat*, soit aux legs, soit à l'institution d'héritier que contient un pareil testament, l'effet d'en couvrir la nullité et de lui interdire toute répétition.

Et c'est effectivement à ce parti que se range M. Toullier, à l'endroit cité, page 76. C'est aussi ce qu'ont jugé une foule d'arrêts (1).

Au surplus, ce n'est que pour d'autant mieux éclaircir la matière, que je me suis arrêté à cette question; car elle est étrangère à l'hypothèse sur laquelle porte la première de celles qui sont posées en tête de ce paragraphe, puisque, par l'acte que je suppose, l'héritier *abintestat* n'a pas fait aux légataires la délivrance de leurs legs.

Mais, pour rentrer directement dans cette hypothèse, examinons comment on devrait apprécier, d'après le droit romain, l'acte par lequel un héritier *ab intestat* déclare, après la mort du parent qui l'a exclu de sa succession, approuver et confirmer son Testament; et pour simplifier encore davantage la question, souvenons-nous que, si ce Testament contient une institution d'héritier, elle ne peut aujourd'hui être considérée que comme un simple legs.

Il existe là-dessus trois textes qui ont particulièrement fixé l'attention des interprètes.

Le premier est la loi 62, D. *de condictione indebiti*. Un testateur avait, par son Testament, chargé son héritier d'un fidéicommis particulier qui se trouvait nul. L'héritier, connaissant parfaitement la nullité dont cette disposition était entachée, n'en avait pas moins, sur la stipulation du légataire, promis solennellement de l'executer. Question de savoir si sa promesse était obligatoire? La loi répond qu'oui : *fideicommissum in stipulationem deductum, tametsi debitum non fuisset, quia tamen à sciente, fidei explendæ causâ, promissum esset, debetur.*

On voit que, dans cette espèce, l'héritier ne s'était pas borné à une simple approbation,

(1) *V.* les conclusions déjà citées du 9 novembre 1814, et les arrêts de la cour de cassation, des 23 mars 1816 et 5 février 1829, rapportés dans le *Journal des audiences* de cette cour, année 1816, page 349, et année 1829, page 138.

Digitized by Google

qu'il avait formellement promis au légataire d'accomplir la volonté du défunt, et qu'il avait employé, à cet effet, les formes de la stipulation, manière de contracter qui, dans le droit romain, exigeait des solennités toutes particulières. Cette décision s'accorde donc parfaitement avec la partie de l'art. 1338 du Code civil qui attribue à l'acte confirmatif d'une obligation nulle, l'effet d'en couvrir la nullité, lorsqu'il contient la mention expresse du vice dont cette nullité dérive, et qu'il manifeste l'intention de le réparer; mais aussi rien à conclure ici de cette décision pour le cas où, comme dans notre hypothèse, il n'y a eu, de la part de l'héritier *ab intestat*, qu'une approbation ou confirmation non motivée et surtout non acceptée par le légataire.

La loi 16, §. 1, C. *de testamentis*, paraît, au premier aspect, attacher plus d'importance au simple acte approbatif. L'héritier testamentaire ou *ab intestat* (dit-elle), qui aura volontairement reconnu des legs, des fidéicommis ou des affranchissemens, tout nuls qu'ils sont aux yeux de la loi, sera, par cela seul, tenu de les exécuter : *qui ex testamento vel ab intestato heres extiterit etsi voluntas defuncti circà legata, seu fideicommissa, seu libertates, legibus non sit subnixa, tamen si sùa sponte agnoverit, implendi eam necessitatem habet.*

Mais qu'est-ce qu'entend cette loi par le mot *agnoverit*, aura reconnu?

Il y a, pour l'héritier, répond Accurse, dans sa grande glose, deux manières de reconnaître la volonté irrégulière du défunt. Il la reconnaît, en payant le legs nul, avec pleine connaissance de sa nullité; il la reconnaît encore, lorsque, sachant que le legs est nul, il promet de le payer: AGNOVERIT, *scilicet solvendo, sciens voluntatem non valere; vel promittendo, sciens similiter non valere.*

A l'appui de sa dernière assertion relative au cas où l'héritier promet de payer, nonobstant la nullité, Accurse cite la loi dernière, C. *ad legem falcidiam*; et il importe de remarquer la disposition de cette loi. Comme il est certain, dit-elle, que l'héritier qui, pour remplir religieusement les dernières volontés du défunt, a payé en entier les legs sur lesquels il aurait pu déduire la *quarte falcidie*, n'est plus recevable à réclamer cette *quarte*, sous le prétexte qu'elle lui est assurée par la loi; nous voulons qu'il en soit de même s'il a promis aux légataires de les payer intégralement: *cùm certum sit heredem qui plenam fidem testatori exhibet, in solidum legata dependentem, non posse postea rationem legis falcidiæ prætendentem repetitione uti, quia videtur voluntatem testatoris sequi: jubemus hoc simili modo firmum haberi, et si cautionem super integrâ legatorum solutione fecerit.*

Je traduis ces derniers mots, *et si cautionem... fecerit*, par ceux-ci : « s'il a promis aux » légataires de les payer intégralement »; et l'on va voir, dans un instant qu'en effet *facere cautionem*, est, dans le langage des lois romaines, synonyme de *promettre à quelqu'un sur sa stipulation*, et par conséquent de *promettre par une convention proprement dite.*

Il est donc bien clair qu'en disant que l'héritier reconnaît ou approuve un legs nul, par cela seul qu'il promet de l'acquitter, *promittendo*, Accurse veut parler d'une promesse faite au légataire lui-même.

Mais ce qui fait encore bien mieux ressortir le fond de la pensée d'Accurse, c'est qu'il ajoute aussitôt : « Autrement, si l'héritier se » borne à dire extrajudiciairement : *j'ap-* » *prouve ce que mon père a fait*, sans y joindre » ou une promesse de payer, ou un paiement » effectif, il ne préjudicie nullement à ses » droits ». *Alioquin, si, extrà judicium, dicat:* APPROBO QUOD FECIT PATER MEUS, *non promittendo vel solvendo, non præjudicat sibi.*

Doneau (*Donellus*) s'explique encore là-dessus plus clairement, sur le texte dont il est ici question, c'est-à-dire, sur la loi 16, §. 1, C. *de testamentis*. L'héritier (dit-il) est censé reconnaître la volonté du défunt, en payant le legs nul ou en promettant de le payer : *agnoscere voluntatem intelligitur heres, aut præstando legatum, aut promittendo.* Il la reconnaît en promettant de payer le legs, s'il fait cette promesse sur la stipulation du légataire ou du fidéicommissaire, et c'est ce que décide la loi dernière, C. *ad legem falcidiam;* car l'expression *cautio* dont elle se sert, n'est autre chose qu'une promesse revêtue des formes de la stipulation. *Promittendo obligatur heres, si stipulanti legatario vel fideicommissario promittat se soluturum.* L. ult., C. ad legem falcidiam, *ubi constitutio scripta est de eo qui cautionem legati non debiti emisit;* CAUTIO STIPULATIO EST. Mais si l'héritier déclare hors la présence des légataires, qu'il reconnaît et approuve la volonté du défunt, cette déclaration ne sera, pour ceux-ci, d'aucun effet. Car il ne peut pas être obligé sans convention; or, une pareille reconnaissance ne peut pas être considérée comme une convention, puisqu'une convention ne peut résulter que du consentement donné à la même chose par deux ou plusieurs personnes : *quid*

Digitized by Google

si heres, absentibus legatariis, dixerit se agnoscere voluntatem defuncti, ea res legatario non proderit : nam.... sinè pacto non obligatur : superior autem agnitio et pollicitatio pactum esse non potest, cùm pactum sit duorum pluriumve in idem placitum consensus.

Un célèbre magistrat de la Belgique, Tulden, sur le même titre du code, n° 9, exprime la même idée en peu de mots : le legs nul est validé (dit-il), si l'héritier approuve la volonté du défunt, en déclarant qu'il l'exécutera, quelque défectueuse qu'elle soit, pourvu qu'il fasse cette déclaration en présence des légataires : *si heres expressè approbet, dicendo se satisfacturum qualicumque voluntati defuncti*, UTIQUE PRÆSENTIBUS LEGATARIIS. Et il cite comme professant la même doctrine, Sichardus, sur le code, et Busius sur le digeste.

Mais qu'est-il besoin de l'autorité des interprètes pour prouver que, dans la loi 16, §. 1, C. *de testamentis*, le mot *agnoverit*, lorsqu'il n'y a pas de paiement du legs nul, ne peut s'entendre que d'une promesse faite en forme de convention, au légataire, d'exécuter la volonté du défunt? Le troisième texte qu'il nous reste à citer, va mettre cette vérité dans le plus grand jour.

C'est la loi 23, C. *de fideicommissis*. S'il n'est pas constant (dit-elle) que votre père ait fait un Testament, ou si celui qu'il a fait, manque de quelque formalité essentielle ; si d'ailleurs vous ne vous êtes pas soumis à sa volonté, soit en délivrant les objets qu'il a légués, soit en les promettant par transaction et sur la stipulation des légataires, et que, par ce moyen, les choses soient encore entières, on ne peut pas vous contraindre à les payer : *si veritas vel solemnitas juris deest, nec amplexus patris voluntatem relicta dedisti, vel transactionis causâ stipulantibus promisisti, negotiumque integrum est, ad solutionem urgeri non potes.*

Ainsi, plus de doute qu'à défaut de délivrance d'un legs nul, la simple approbation que l'héritier donne à ce legs hors la présence du légataire, n'en couvre pas la nullité, et que l'héritier ne peut la couvrir efficacement que par la promesse qu'il fait au légataire qui l'accepte, de le payer comme s'il était valable.

On n'opposera sans doute pas à cette doctrine l'arrêt du conseil de Brabant du mois d'octobre 1644, que rapporte Stockmans, §. 21.

Le seigneur de Droogenbosch avait, par un Testament nul dans la forme, disposé de tous ses biens en faveur de ses enfans naturels qui étaient en minorité ; et il les avait, à cet effet, institués ses héritiers universels.

Henri Dubois, son frère, à qui il n'avait rien laissé, demanda la tutelle de ces enfans, sous l'offre d'administrer les biens que leur père leur avait transmis par son Testament ; et elle lui fut déférée avec cette clause expresse. Après avoir, en effet, administré ces biens pendant quelques années, Henri Dubois mourut. Alors ses héritiers réclamèrent contre le Testament du sieur de Droogenbosch, et demandèrent que sa succession fût déclarée avoir été ouverte *ab intestat* au profit de son frère.

Les enfans naturels opposèrent l'approbation que Henri Dubois avait donnée, en administrant, en leur nom, les biens de leur père, au Testament qui les leur avait déférés.

Les héritiers de Henri Dubois répondirent que cette approbation ne pouvait être d'aucun effet, parcequ'elle n'avait pas été donnée dans la forme d'une convention : *contrà dicebatur testamentum imperfectum et destitutum solemnitatibus, non convalescere approbatione heredis, nisi approbatio contineat specimen conventionis de implendo ; sic qui..... dixit, absente instituto, se approbare tale testamentum, nihil agit*, comme l'enseignent (disait-on) Doneau et les autres docteurs, sur la loi 16, C. *de testamentis*.

Cette défense ne fut pas accueillie par l'arrêt cité, mais pourquoi ? Uniquement parcequ'le principe sur lequel on la fondait, n'était pas applicable à l'espèce. En effet, dit Stockmans, il ne faut point de convention pour approuver un Testament nul, lorsqu'il y a, de la part de l'héritier *ab intestat*, un fait qui en emporte l'approbation : *et citrà conventionem approbatur testamentum invalidum et minus solemne, re ipsâ et facto*. Ainsi, celui qui, d'après un Testament nul, paie un legs, ne peut plus le répéter : *sic qui solvit, ex imperfecto testamento, legatum, non potest repetere*. Or ici, que trouve-t-on dans la conduite de Henri Dubois envers ses neveux ? Ce n'est pas une approbation vague, c'est une approbation précise et spécifique, puisqu'en demandant, en qualité de tuteur, la régie des biens légués aux enfans naturels, non seulement il a reconnu que le legs en était valable, mais même il est censé, conformément à l'esprit de la loi 39, D. *de donationibus inter virum et uxorem*, en avoir fait lui-même la délivrance aux légataires, ou du moins les avoir tenus pour délivrés par lui entre leurs mains : *hic verò videtur approbatio in specie esse ; qui enim petit bona pupillo relicta re-*

Digitized by Google

gere ut tutor, hoc ipso agnoscit bona legitimè et validè relicta esse, et sic quasi ipse tradidisse intelligitur, vel pro traditis habere. Facit lex 67, *D. de donationibus inter virum et uxorem.*

On conçoit sans peine pourquoi Stockmans parle ici de délivrance : c'est que, suivant la règle alors en vigueur, qui ne faisait valoir l'institution d'héritier que comme un legs universel, toujours sujet à délivrance, en quelque degré que fût l'héritier *ab intestat*, les enfans naturels du sieur Droogenbosch n'avaient pu jouir, par les mains de leur tuteur, des biens compris dans leur institution, qu'après en avoir obtenu la délivrance de l'héritier *ab intestat* de leur père. Or, cet héritier *ab intestat*, quel était-il ? C'était précisément leur tuteur. Leur tuteur était donc censé, en régissant ces biens pour leur compte, en avoir reçu la délivrance pour eux en sa qualité, et l'avoir reçue de lui-même agissant en son nom privé.

Que signifie donc ici l'arrêt de 1644 ? Rien autre chose, si ce n'est que l'héritier *ab intestat* qui délivre un legs nul dans la forme, renonce au droit d'en demander la nullité : cet arrêt ne porte donc aucune atteinte au principe que, lorsqu'il n'y a pas de délivrance ou d'exécution volontaire du legs défectueux, une simple approbation donnée en l'absence du légataire, et sans convention expressément faite avec lui, ne suffit pas pour en couvrir la défectuosité.

Voici, au surplus, une espèce dans laquelle ce principe a été formellement reconnu par un arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles.

Le sieur de Lamberts avait pour unique héritière présomptive *ab intestat*, une sœur qui était veuve du sieur Lambrichs, et avait trois enfans, savoir, un fils et deux filles mariées, l'une au sieur Wertz, l'autre au sieur Kessel.

Le 6 ventôse an 12, il fit un Testament dans lequel, sans rien laisser à sa sœur ni faire aucune mention d'elle, il consigna les dispositions qui sont rappelées à l'article *Substitution fidéicommissaire*, §. 4, n° 3.

Le testateur étant mort le 23 frimaire an 13, la veuve Lambrichs, sa sœur, a passé devant notaire, le 8 pluviôse suivant, un acte par lequel, après avoir ouï la lecture du Testament de son frère, elle « a déclaré l'agréer, ratifier » et approuver, pour autant que de besoin, » ladite disposition testamentaire en tout son » contenu ; voulant, quoiqu'y exclue, que ledit » Testament sorte son plein et entier effet, » tel qu'il est dit, au profit de ses petits-en- » fans comme héritiers institués, et au profit » de ses enfans et autres légataires, sans y » vouloir contrevenir directement ni indi- » rectement ».

Cette déclaration n'a été suivie, de la part de la veuve Lambrichs, d'aucun acte qui emportât exécution du Testament de son frère.

Après sa mort, arrivée le 29 mai 1808, la dame Wertz, la seule de ses trois enfans qui eût un véritable intérêt à attaquer le Testament, en a demandé la nullité, sur le fondement qu'il s'y trouvait une substitution fidéicommissaire.

Ses co-héritiers lui ont opposé une fin de non-recevoir qu'ils ont fait résulter de l'approbation que leur mère commune avait donnée au Testament par l'acte du 8 pluviôse an 13 ; et un jugement du tribunal de première instance de Bruxelles, du 9 janvier 1818, a effectivement adopté cette fin de non-recevoir, en même temps qu'au fond, il a rejeté la demande de la dame Wertz.

Mais sur l'appel des héritiers de celle-ci, décédée peu de temps après, il est intervenu, le 23 mai 1822, un arrêt par lequel,

« En ce qui touche la fin de non-recevoir tirée de l'acte du 8 pluviôse an 13,

» Attendu que l'acte prémentionné n'est point, de la part de la dame veuve Lambrichs, un acte d'exécution, mais seulement un acte approbatif ou confirmatif du Testament de son frère ; et que, pour avoir l'effet d'un véritable acte de cette nature, il aurait dû, au vœu de l'art. 1338 du Code civil, applicable par identité de raison aux dispositions testamentaires, contenir mention expresse et du vice de substitution qu'on reproche au Testament et de l'intention de réparer ce vice ; qu'au surplus, les déclarations que cet acte contient, n'ayant point été acceptées par les héritiers institués ni par personne en leur nom, il n'a pu en résulter envers ceux-ci aucun engagement de la part de ladite dame Lambrichs ;

» Par ces motifs et aucuns de ceux du premier juge, la cour, M. l'avocat-général de Stoop entendu, et de son avis, *met ce dont est appel au néant, en tant qu'il a déclaré les appelans non-recevables ;* émendant quant à ce, reçoit la demande, et y faisant droit, met l'appellation au néant..... ».

II. La seconde question est résolue par tous les développemens que contient le n° précédent sur la première.

Digitized by Google

§. XIX. *Le légataire universel, qui, lorsqu'il n'y a point d'héritier à réserve, et que son titre consiste dans un Testament olographe ou mystique, se met de lui-même en possession des biens du défunt, doit-il être privé des fruits de ces biens jusqu'à ce qu'il ait obtenu, conformément à l'art.* 1008 *du Code civil, une ordonnance d'envoi en possession?*

Dans la quatrième édition du *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Testament*, sect. 2, §. 4, art. 5, n° 3 (1), je me suis prononcé pour l'affirmative; mais dans la cinquième, me défiant de cette opinion, je me suis réservé de l'apprécier ici définitivement; et je dois dire ici que je suis forcé de la rétracter.

Je ne pourrais, en effet, y persister qu'autant que l'art. 1008 du Code civil excepterait le légataire universel institué par un Testament olographe ou mystique, de la disposition de l'art. 1006, qui veut que, lorsqu'il n'y a point d'héritier à réserve, le légataire universel soit *saisi de plein droit par la mort du testateur, sans être tenu de demander la délivrance;* car, cette disposition, par cela seul qu'elle est générale, s'applique nécessairement, par elle-même, au légataire universel institué par un Testament olographe ou mystique, ni plus ni moins qu'au légataire universel institué par un Testament notarié. Si donc le premier n'en est pas excepté par l'art. 1008, il y est nécessairement compris ni plus ni moins que le second; et s'il y est compris comme le second, il faut bien que, comme le second, il soit *saisi de plein droit par la mort du testateur;* il faut bien par conséquent qu'il ait le même droit que le second à tous les fruits que produisent les biens du testateur dès le moment de l'ouverture de la succession.

Or, que fait la loi, en disant, art. 1008, que, « dans le cas de l'art. 1006, si le Testament est olographe ou mystique, le légataire universel sera tenu de se faire envoyer en possession, par une ordonnance du président, mise au bas d'une requête à laquelle sera joint l'acte de dépôt »? Elle assujétit à une formalité particulière le légataire universel institué par un Testament olographe ou mystique; mais elle ne l'excepte pas de la disposition générale de l'art. 1006; elle ajoute, en ce qui le concerne, à l'art. 1006, mais elle n'y déroge pas. Elle ne lui ôte donc pas la saisine qu'elle accorde par l'art. 1006 à tout légataire universel; et la preuve qu'elle n'entend pas la lui ôter, la preuve qu'il n'est pas dans son intention d'assimiler l'ordonnance d'envoi en possession qu'elle le charge d'obtenir, à un acte ou jugement de délivrance, c'est qu'elle veut que cette ordonnance soit rendue sur sa seule requête, et que bien certainement une ordonnance sur requête ne peut jamais tenir lieu d'acte ou de jugement de délivrance à un légataire qui n'est pas saisi de plein droit (1).

Mais si l'art. 1008 laisse, quant à la saisine légale, le légataire universel institué par un Testament olographe ou mystique, sur la même ligne que le légataire universel institué par un Testament notarié, comment pourrait-il être dans son esprit d'attacher à l'omission de la formalité qu'il impose au premier, la privation des fruits échus avant que cette omission ait été réparée? Cette privation ne serait pas seulement une peine, qui, par sa nature, ne peut jamais être *suppléée* dans une loi; elle mettrait encore l'art. 1008 en contradiction avec lui-même. En effet, cet article aurait très-bien pu, par exception à l'art. 1006, dire que le légataire universel institué par un Testament olographe ou mystique, ne sera saisi que par l'ordonnance d'envoi en possession qu'il l'assujétit à obtenir du président du tribunal; mais dire qu'il sera saisi de plein droit et que cependant les fruits ne lui appartiendront qu'à compter du jour de l'ordonnance du président, c'eût été une véritable contradiction que l'on ne peut pas raisonnablement imputer au législateur.

Qu'importe qu'à défaut d'ordonnance d'envoi en possession, le légataire universel ne puisse posséder qu'illégalement? Non, ce n'est qu'illégalement qu'il possède *de fait;* mais il n'en est pas moins possesseur *de droit* par l'effet de sa saisine légale; et c'en est assez pour qu'il fasse les fruits siens.

D'ailleurs l'illégalité de sa possession *de fait* ne peut jamais être de longue durée; car de deux choses l'une: ou l'héritier *ab intestat* s'y oppose dans l'année, ou il ne s'y oppose pas. S'il s'y oppose, le légataire universel fera sur-le-champ cesser son opposition en se mettant en règle; et s'il ne s'y oppose pas, s'il laisse le légataire universel jouir paisiblement pendant l'année entière, celui-ci acquerra, par cela seul (comme on l'a vu au mot *Triage*,

(1) Tome 17, page 767.

(1) *V.* le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Légataire*, §. 5, n° 17.

Digitized by Google

§. 3), le droit d'intenter complainte, et par conséquent sa possession, d'illégale qu'elle était primitivement de fait, deviendra parfaitement légale.

§. XX. *Autres questions sur les Testamens.*

V. les articles *Disponibilité, Doute, Héritier, Institution d'héritier, Légataire, Legs, Mort civile, Révocation de Testament, Signature, Suppression de titres* et *Témoin instrumentaire.*

TESTAMENT CONJONCTIF. § I. *Dans les pays où, avant le Code civil, les Testamens conjonctifs étaient autorisés, le survivant de deux co-testateurs pouvait-il révoquer, pour sa part, leurs dispositions communes?*

Le 31 janvier 1789, François-Joseph Darbre et Marie-Hélène Demerbe, son épouse, domiciliés dans le pays de Liége, font, pardevant notaire, un Testament conjonctif, par lequel, entre autres dispositions, ils instituent héritiers universels, dans tous leurs biens meubles et immeubles, Étienne-François Demerbe, frère de la testatrice, et Marie-Anne Scohier, son épouse, nièce du testateur.

Ils déclarent, à l'égard des immeubles, que les institués en jouiront, *après le décès du testateur;* ce qui suppose que le survivant des testateurs doit en conserver la jouissance intégrale jusqu'à sa mort. Mais à l'égard des meubles, ils ne donnent aux institués que *ce qui se trouvera au décès du dernier vivant des testateurs.*

L'acte est terminé par cette clause : *se réservant lesdits testateur et testatrice le pouvoir de changer le tout ou partie, conjointement et non séparément.*

Le 9 mars 1793, décès de la testatrice.

Le 23 vendémiaire an 9, le testateur décède à son tour, et sa succession devient le sujet d'une contestation entre Goffin, son neveu, et Marie-Anne Scohier, veuve d'Étienne-François Demerbe, sa nièce.

Guillaume Goffin en réclame la moitié, en vertu de l'art. 9 de la loi du 17 nivôse an 2. Marie-Anne Scohier prétend la garder tout entière, en vertu du Testament du 31 janvier 1789.

Et le nœud de la difficulté consiste à savoir si ce Testament doit être exécuté. Il paraît devoir l'être, s'il est devenu irrévocable dès le 9 mars 1793, par le décès de la testatrice Marie-Hélène Demerbe, et si dès-lors les héritiers institués ont eu un droit acquis aux biens des deux instituans. Mais si le testateur François-Joseph Darbre est demeuré maître de le révoquer, il a perdu toute sa force, il est retombé dans le néant, par cela seul que François-Joseph Darbre ne l'a pas renouvelé depuis la publication de la loi du 17 nivôse an 2. C'est une vérité reconnue par les deux parties, et qu'ont d'ailleurs formellement consacrée les lois des 22 ventôse an 2 et 18 pluviôse an 5.

La cause portée devant le tribunal de l'arrondissement de Charleroi, jugement du 7 germinal an 9, qui prononce en faveur de Guillaume Goffin, et cela, par deux motifs distincts, dont l'un s'applique aux biens qui pourraient être provenus de la testatrice Marie-Hélène Demerbe, et l'autre à tous les biens dont le testateur François-Joseph Darbre se trouvait en possession au moment de sa mort.

Pour établir que les biens provenans de Marie-Hélène Demerbe, ont passé, par le décès de celle-ci, dans le domaine de François-Joseph Darbre, son mari et son co-testateur, le tribunal civil de Charleroi commence par rappeler l'art. 1er du chap. 1 de la coutume de Liége, aux termes duquel, « l'homme, » par mariage, est fait maître et seigneur absolu de tous les biens meubles et immeubles, crédits et actions de sa femme, et » encore de tous biens obvenus et acquis durant son mariage, et a puissance d'en disposer entre-vifs, comme du sien propre, » sans aveu ni consentement, et en demeure » maître, après le décès d'icelle sans enfans; » le tout ne fût qu'il y eût paction ou provision contraire ». Le tribunal de Charleroi rappelle aussi l'art. 13 du chap. 11 de la même coutume, qui, par réciprocité, donne à la femme survivante sans enfans, la pleine propriété de tous les biens de son mari. Il conclud de ces deux textes, « que les conjoints » étant solidairement propriétaires des biens » l'un de l'autre, et étant réputés ne faire » qu'un en deux personnes, ils doivent aussi » être réputés ne faire qu'un seul Testament » indivisiblement ». Il convient qu'il en serait autrement, s'il y avait *paction au contraire;* mais il observe que, dans l'espèce, Joseph-François Darbre et Marie-Hélène Demerbe n'avaient fait entre eux aucune stipulation dérogatoire au droit de *mainplevie.* « D'où il » suit (ajoute-t-il) que le mari superstite » continue dans le domaine, maîtrise et propriété des biens venans du côté de sa femme, » en vertu de la loi, et qu'il n'y a pas lieu à

Digitized by Google

» appréhension des biens d'icelle, à cause de » leur Testament conjonctif; la cause légale » de sa propriété étant plus favorable que » l'éventuelle testamentaire ».

Après avoir ainsi raisonné par rapport aux biens qui pourraient être provenus de Marie-Hélène Demerbe, le tribunal de Charleroi s'occupe de la généralité des biens dont François-Joseph Darbre s'est trouvé possesseur à la mort de sa femme. Il suppose, comme un point constant, que Marie-Anne Scohier, héritière instituée par le Testament conjonctif du 31 janvier 1789, avait acquis sur tous ces biens, par la mort de la testatrice Marie-Hélène Demerbe, *un droit expectatif irrévocable;* mais il ne considère ce droit *que comme un fidéicommis à la charge du survivant, en faveur de l'héritière instituée;* et comme la loi du 14 novembre 1792 a aboli toutes les substitutions fidéicommissaires, il en tire la conséquence que François-Joseph Darbre, originairement grevé de substitution par l'effet de la mort de sa co-testatrice, est devenu libre de disposer avant la loi du 17 nivôse an 2; conséquence qui naturellement le conduit à dire que la loi du 17 nivôse an 2 doit régir sa succession comme s'il n'y avait pas eu de Testament conjonctif.

Sur l'appel, la cause a été portée à la cour de Bruxelles; et là, après une plaidoirie contradictoire, il est intervenu un arrêt ainsi conçu:

« Le Testament conjonctif du 31 juin 1789 est-il, au décès de l'épouse co-testatrice, arrivé le 9 mars 1793, devenu irrévocable pour l'universalité des biens compris dans cette disposition?

» Sur quoi, considérant que les co-testateurs ont, d'un consentement mutuel, disposé confusément et indivisément de la masse entière de leurs biens; qu'ils ont ajouté à leur testament la clause de ne pouvoir le changer que *conjointement et non séparément;* que, selon les usages du pays de Liége, un tel Testament conjonctif devient irrévocable pour le tout à la mort du prédécédé des testateurs, parceque c'est là une obligation que les époux co-testateurs se sont respectivement imposée, et à laquelle il n'était point en leur pouvoir de déroger séparément, parceque l'un et l'autre des époux co-testateurs, par son consentement, s'est privé de la faculté de changer la disposition faite de leur consentement mutuel, autrement que de commun accord; que les coutumes de Liége admettent la renonciation à la faculté de tester; que les lois des 17 nivôse, 22 ventôse, 9 fructidor an 2 et 18 pluviôse an 5, ne sont point applicables aux dispositions de leur nature devenues irrévocables antérieurement à leur publication;

» Le tribunal déclare qu'il a été mal jugé; émendant, déboute l'intimé des conclusions par lui prises en première instance ».

« C'est contre ce jugement (ai-je dit à l'audience de la cour de cassation, section des requêtes, le 13 vendémiaire an 11), que Guillaume Goffin se pourvoit en cassation; et nous avons à examiner si, comme le soutient celui-ci, il viole à la fois les dispositions de la coutume de Liége, les lois des 17 nivôse an 2, 22 ventôse et 9 fructidor de la même année, et celle du 18 pluviôse an 5.

» Nul doute qu'il ne viole ces dernières lois, si, d'après la coutume de Liége, François-Joseph Darbre s'est trouvé maître, après la mort de son épouse, de révoquer le testament conjonctif du 31 janvier 1789. Ainsi, toute la discussion doit porter sur ce seul point: le testament conjonctif du 31 janvier 1789 était-il ou n'était-il pas révocable, de la part de François-Joseph Darbre, après le décès de sa co-testatrice?

» Or, sur cette question, quel est le vœu général du droit commun des pays qui admettent encore les testamens conjonctifs? Quel est le vœu particulier de la coutume de Liége? Voilà ce que notre ministère nous appelle à rechercher en ce moment.

» De droit commun, pour savoir si le co-testateur survivant peut révoquer, pour ses propres biens, le testament conjonctif auquel il a concouru, on distingue deux cas différens: ou, par ce testament, les testateurs ont disposé chacun de ses propres biens, ou ils ont disposé chacun des biens l'un de l'autre. Au premier cas, le testateur survivant peut révoquer, mais il ne le peut pas dans le second.

» Écoutons là-dessus Pollet, dans son recueil d'arrêts du parlement de Douai, part. 1re, §. 32:

» *C'est un principe dont il n'est pas permis de douter, que le testament conjonctif demeure révocable par le survivant, pour ce qui regarde la disposition de ses biens, à moins que les testateurs n'aient expliqué qu'ils disposaient chacun de tous les biens, tant de l'un que de l'autre, ou que cela ne résulte de la disposition.*

» *Lorsque les testateurs disposent chacun généralement de tous les biens l'un de l'autre, le testament devient irrévocable par la mort du premier mourant, en vertu du consentement qu'ils se donnent mutuellement de disposer des biens l'un de l'autre. On peut donner à cause de mort les biens d'un autre, et*

Digitized by Google

Lorsque celui dont on donne les biens, consent à la donation, il est censé les donner lui-même à cause de la mort du vrai donateur; si l'on aime mieux, son consentement a la force d'un contrat. De quelque manière qu'on le prenne, il est certain que la donation devient parfaite, et la chose donnée passe de plein droit au donataire par la mort du donateur. On peut donner à cause de la mort d'un autre; et cette espèce de donation dépend de la mort, tant du donateur, que de celui cujus mortis causâ donatum est, *mais d'une manière différente. Pendant la vie de l'un et de l'autre, le donateur retient la faculté de révoquer la donation. Si celui dont la mort est mise en condition, meurt le premier, la donation devient parfaite, et la chose donnée passe de plein droit au donataire. Si le donateur meurt le premier, la donation devient parfaite à l'égard de ses héritiers; la liberté de la révoquer ne passe point à eux, parce qu'elle est consommée par la mort du donateur; mais la donation demeure en suspens, jusqu'à la mort de celui* cujus mortis causâ donatum est. *Et si le donataire meurt aussi avant l'événement de cette condition, il ne transmet aucun droit à ses héritiers, et la donation demeure absolument anéantie.*

» Ici, Pollet transcrit plusieurs lois romaines desquelles il résulte que *dies incertus in testamento conditionem facit,* et que le décès du légataire ou de l'héritier institué avant l'événement de la condition, entraîne la caducité de la disposition conditionnelle. Après quoi, il continue ainsi.

» *Lorsque, par un Testament conjonctif, chacun dispose tant de ses biens que de ceux du survivant, chacun donne tant à cause de sa mort que de celle du survivant. La disposition devient irrévocable par la mort du premier mourant, parcequ'il a disposé de tout, et que la liberté de révoquer la donation est consommée par sa mort. Mais comme celle du survivant est aussi mise en condition, la donation demeure en suspens pendant sa vie. Il n'y a rien en cela qui ne soit conforme au droit. C'est la nature de la condition de tenir l'acte en suspens; et la donation conditionnelle faite entre vifs, ne laisse pas d'être irrévocable, nonobstant qu'il dépend de la condition, s'il y aura donation ou point.*

» *Du moins, il est certain, par les principes que nous venons de rapporter, que le survivant retient la propriété de ses biens jusqu'à sa mort. Il s'ensuit aussi qu'il en redevient le maître, comme il était, avant la donation, s'il arrive que les donataires meurent avant lui.*

» *On peut objecter contre cette seconde proposition, que le consentement que les testateurs se donnent mutuellement de disposer des biens l'un de l'autre, est une espèce de contrat, par lequel ils se promettent mutuellement de ne point révoquer la disposition; et que, dans les actes entre-vifs, la stipulation qui a trait à la mort, ne rend point l'acte conditionnel, mais qu'elle en suspend seulement l'exécution.*

» *Il y a une bonne réponse. Cette espèce de contrat n'intervient point entre les testateurs et ceux au profit desquels ils disposent. A l'égard de ceux-ci, le Testament conjonctif ne sort point des termes de la disposition à cause de mort: ainsi, il n'y a nulle raison de se départir des règles établies pour les dispositions à cause de mort.*

» *Nous avons dit que le Testament conjonctif, par lequel chacun dispose tant de ses biens que de ceux de l'autre, devient irrévocable par la mort du premier mourant. Cette proposition pourrait souffrir de la difficulté, à cause que, suivant les principes du droit romain, on ne peut s'imposer l'obligation de ne pas révoquer son Testament, encore bien même qu'on s'y engagerait par serment. Mais elle est fondée sur un usage constant, et on n'a jamais douté que les usages ne fassent partie de notre droit coutumier, à l'exemple du* jus non scriptum *des Romains. Cet usage tire son origine des anciennes mœurs de ce pays.* Majores nostri, *dit Groenewegen*, nihil prius, nihil antiquius existimaverunt, quàm fidem datam servare.

» *Suivant le droit romain, celui qui a consenti qu'un autre pût disposer de quelque partie de son bien, n'a point la liberté de révoquer son consentement. Mais on prétend qu'on ne peut suivre cette jurisprudence, lorsque le consentement comprend tous les biens de celui qui consent, parcequ'il se trouverait privé de la faculté de tester. Nos ancêtres ont préféré la gloire de garder leur parole à cette vaine considération.*

» Telles sont les maximes qu'enseignait, avant l'ordonnance de 1735, le conseiller Pollet; il les avait puisées dans les auteurs les plus accrédités des provinces belgiques, tels que Decker, dans ses *Dissertationes juris*, liv. 1, chap. 1; Peckius, dans son Traité *de testamentis conjugum*, liv. 1, chap. 43; le président Everard, dans ses conseils 12 et 60; Kinschot, dans ses réponses, chap. 24; Wamès, cent. 6, conseil 57; Stockmans, dans son recueil d'arrêts du conseil de Brabant, §. 18, etc.

Digitized by Google

» Telle a toujours été aussi la jurisprudence des tribunaux supérieurs.

» Deghewiet, dans ses *Institutions au droit belgique*, part. 2, tit. 4, §. 6, rapporte un arrêt du parlement de Douai, du 9 mars 1689, qui juge, en confirmant une sentence de la gouvernance de Lille, que l'époux survivant peut révoquer, pour sa part, le testament conjonctif par lequel l'époux prédécédé et lui ont disposé purement et simplement de leurs biens; Stockmans, §. 18, dit qu'il en a été plusieurs fois jugé de même au conseil de Brabant: *ex verâ juris ratione, aliquoties censuimus testamenta simul condita à conjugibus, ubi quisque de suis tantùm bonis testatur, liberè revocari posse.* C'est pareillement la jurisprudence de la chambre impériale d'Allemagne, ainsi que nous l'apprennent Mynsinger, cent. 1., chap. 8, et Gayl, liv. 3, chap. 117; et ceci est d'autant plus remarquable pour la cause actuelle, que le pays de Liége ressortissait ci-devant, et même encore en 1789, à la chambre impériale d'Allemagne.

» Voilà pour le premier des deux cas que nous avons distingués.

» Mais, dans le second cas, c'est-à-dire, lorsque les deux époux ont disposé confusément des biens l'un de l'autre, les arrêts ont constamment refusé au survivant la faculté de toucher au testament conjonctif, même pour sa part. Cuvelier, au mot *Testament*, en rapporte un du grand conseil de Malines, de l'an 1599. Dulaury, chap. 29, nous en fournit un semblable de la même cour, rendu en 1614. Deghewiet, à l'endroit déjà cité, nous en retrace un troisième du parlement de Douai, en date du 19 novembre 1679.

» Voyons maintenant en quoi la coutume de Liége s'accorde avec cette jurisprudence et en quoi elle s'en écarte. Voici ce qu'elle porte, chap. 10, art. 4 et 5:

» *Testament fait par deux conjoints en faveur de leurs enfans communs, ne se peut par le survivant révoquer, ains doit sortir ses effets, de quel côté les biens soient procédans.*

» *Mais quand il n'y a enfant, le survivant le peut révoquer à l'égard des biens venans de son côté.*

» Vous remarquez que, dans ces deux articles, la coutume de Liége ne s'attache pas à la distinction établie par les auteurs qui ont écrit et par les arrêts qui ont jugé d'après le droit commun; qu'elle ne distingue pas, comme eux, entre le cas où les testateurs ont disposé purement et simplement de leurs biens, et celui où ils ont disposé chacun des biens l'un de l'autre; mais seulement entre le cas où les co-testateurs laissent des enfans et le cas où ils n'en laissent point.

» S'ils laissent des enfans, le Testament conjonctif fait en leur faveur, devient irrévocable par le décès de l'un des époux: et la coutume ne limitant point cette irrévocabilité au Testament par lequel les co-testateurs disposent des biens l'un de l'autre, la coutume n'exceptant pas de cette irrévocabilité le Testament par lequel les co-testateurs n'ont disposé que chacun de ses propres biens; la coutume, en un mot, ne faisant dépendre cette irrévocabilité que de l'existence d'enfans communs aux co-testateurs, il est évident, il est clair comme le jour, que, dès qu'il existe des enfans communs aux testateurs, le survivant des co-testateurs ne peut pas révoquer le Testament conjonctif, soit que, par ce Testament, les co-testateurs aient confondu en une seule masse les biens l'un de l'autre, pour en disposer simultanément, soit qu'ils n'aient fait porter leurs dispositions respectives que sur les biens propres à chacun d'eux.

» Mais s'ils ne laissent pas d'enfans, le dernier vivant peut révoquer, pour sa part, le Testament conjonctif; et comme la coutume ne lui en donne pas seulement la faculté dans le cas où, par le Testament conjonctif, les co-testateurs n'ont disposé que chacun de ses propres biens; comme la coutume n'excepte pas de cette faculté le cas où, par le Testament conjonctif, les co-testateurs ont disposé simultanément des biens l'un de l'autre; en un mot, comme la coutume ne fait dépendre cette faculté que de la non-existence d'enfans communs aux testateurs, il est d'une égale évidence, il est également clair, que, dès qu'il n'existe point d'enfans communs, le survivant des co-testateurs peut révoquer le Testament conjonctif par lequel ils ont disposé des biens l'un de l'autre, comme le Testament conjonctif qui ne contient, de la part de chacun d'eux, que la disposition de son propre patrimoine.

» Voilà, il est impossible d'en douter, le véritable esprit de la coutume, voilà le seul sens dans lequel puissent être entendus ses deux articles concernant la révocabilité des Testamens conjonctifs.

» Cependant, nous devons le dire, les commentateurs liégeois, notamment Méan, observation 77, nos 4, 6 et 7, son annotateur Louvrex, Héeswyck, controverse 53, no 25, et Sohet, dans ses *Institutes*, liv. 3, tit. 25, no 67, enseignent unanimement que, même dans cette coutume, le Testament conjonctif

Digitized by Google

par lequel deux époux ont disposé confusément des biens l'un de l'autre, devient irrévocable par la mort de l'un d'eux sans enfans, et que le survivant ne peut pas y toucher, même pour ses propres biens. Il y a plus; la doctrine de ces auteurs est devenue, par l'usage même du pays de Liége, une sorte de dogme que l'on n'oserait plus ni contester ni censurer; et cet usage mérite d'autant plus de considération, qu'étant commun à tout le territoire de la coutume de Liége, il se trouve précisément dans la position où l'usage peut abroger, et à plus forte raison, modifier la loi (1).

» Mais, en accordant au tribunal d'appel de Bruxelles que, dans le pays de Liége, comme dans les contrées qui ne connaissent là-dessus que le droit commun, le survivant des co-testateurs qui ont disposé confusément des biens l'un de l'autre, ne peut pas révoquer, pour sa part, le Testament conjonctif fait en faveur d'étrangers; il reste à savoir si cette exception peut s'appliquer au Testament conjonctif dont il est ici question : il reste à savoir si, par ce Testament, François-Joseph Darbre et Marie-Hélène Demerbe ont disposé des biens l'un de l'autre, ou s'ils n'ont fait que disposer chacun de ses propres biens.

» Or, à cet égard, il est un principe sur lequel tous les auteurs sont d'accord : c'est que, dans un Testament conjonctif, chacun des co-testateurs est censé ne disposer que de son patrimoine, *à moins*, vous vous rappelez que ce sont les termes de Pollet, *à moins qu'ils n'aient expliqué qu'ils disposaient, chacun de tous les biens, tant de l'un que de l'autre, ou que cela ne résulte clairement de leur disposition.* Sohet dit la même chose au n° 77 du titre cité : *il doit conster évidemment* (ce sont ses propres expressions) *que les deux testateurs ont disposé des biens l'un de l'autre.* C'est aussi ce qu'enseigne Louvrex, dans ses notes sur Méan, *définition* 23, notes 5 et 7. Et Stockmans, §. 18, n° 4, a soin de nous avertir que les co-testateurs sont censés ne disposer chacun que de ses biens propres, s'ils n'ont pas exprimé qu'ils disposaient chacun de l'universalité des biens, *et par conséquent des biens l'un de l'autre*, quoique d'ailleurs ils aient commencé par dire qu'ils se donnaient un consentement mutuel pour tester ensemble : *multò minus irrevocabilitas mutui testamenti conjugum indè deduci potest ex eo quod..... dicant in principio conjuges se testari mutuo consensu vel reciprocâ permissione, si non adjecerunt quemque testari de universis, et sic de alterius quoque bonis testari.*

» Or, dans notre espèce, quelle preuve avons-nous que François-Joseph Darbre et Marie-Hélène Demerbe aient disposé des biens l'un de l'autre? C'est, répond le tribunal d'appel de Bruxelles, que les co-testateurs ont, *d'un consentement mutuel* (termes qui ne se trouvent même pas dans le Testament), *disposé confusément et indivisément de la masse entière de leurs biens.*

» Mais là-dessus, il se présente deux observations essentielles : l'une de fait, l'autre de droit.

» Dans le fait, nous ne voyons, ni dans le Testament, ni dans aucun autre acte de la procédure, que l'un des co-testateurs ait eu des biens distincts de ceux de l'autre Nous n'y voyons pas qu'ils aient eu chacun son propre patrimoine. Nous devons croire, d'après cela, que tout ce qu'ils possédaient, était commun entre eux, soit par l'effet d'une stipulation de leur contrat de mariage, soit parceque tout avait été acquis pendant leur communauté. Et vous savez d'ailleurs que, dans l'incertitude sur l'origine des biens possédés par deux époux dans un pays où la communauté a lieu de plein droit, on ne les répute, ni propres au mari, ni propres à la femme, mais conquêts de la communauté elle-même. Ainsi, en point de fait, nul doute que François-Joseph Darbre et Marie-Hélène Demerbe ne doivent être considérés comme ayant disposé, par leur Testament conjonctif du 31 janvier 1789, de biens qui leur appartenaient en commun et par indivis. C'est d'ailleurs ce qui résulte des dispositions de la coutume de Liége elle-même. Par cela seul, en effet, qu'elles établissent le droit de *mainplévie*, elles rendent communs aux deux époux, même les biens que chacun d'eux possédait avant le mariage; et Méan a soin d'en faire la remarque dans son observation 83 : *Moribus Leodiensium*, dit-il, *utriusque conjugis patrimonium unum, jure connubii, per confusionem fit.*

» Dans le droit, lorsque deux co-testateurs disposent indivisément de la masse entière des biens communs entre eux, sont-ils, pour cela, censés disposer des biens l'un de l'autre? Non : ils sont, au contraire, censés ne disposer que chacun de sa part indivise.

» C'est ce qu'établit et démontre Voët, dans son commentaire sur le Digeste, liv. 23, tit. 4, n° 63. Quoique, par le Testament con-

(1) *V.* l'article *Opposition aux jugemens par défaut*, §. 7.

Digitized by Google

jonctif, dit-il, les époux aient déclaré qu'ils disposaient en commun de tous leurs biens, comme d'une seule masse, il ne s'ensuit pas que le survivant ne puisse pas révoquer ce Testament pour sa part : *Licet tali..... dispositione testamentariâ... conjuges dicantur de toto patrimonio velut unâ massâ communiter disposuisse, non tamen indè arguitur impedita mutandi licentia in conjuge ultimo superstite, ratione suæ partis suæque cognationis per.... testamentum mutuum cùm conjuge superstite conditum ad successionem suam vocatæ.* Car alors même, il n'est pas vrai qu'il n'existe qu'un seul Testament et une seule succession, ou, ce qui est la même chose, que chacun des époux ait disposé des biens de son co-testateur; ce sont, au contraire, deux Testamens distincts et deux successions différentes; et les deux co-testateurs ne sont censés disposer respectivement que de leur moitié dans les biens qu'ils possèdent en commun et réunis en une seule masse : *cùm verum non sit hic unum esse de unâ duorum hereditate testamentum, aut hâc ratione conjugem unum de conjugis alterius substantiâ ex assensu ejus testatum essse.... ; sed potiùs duo de duobus testatorum duorum hereditatibus testamenta sunt, disponentia de duabus partibus dimidiatis bonorum illorum quæ conjuges, sive ex pactis dotalibus, sive ex vi statutariæ communionis...., communia, velut unam unius patrimonii massam in unum collata habere voluerunt ac coadunata.* Car de même que deux associés, en vendant à un tiers, par un seul et même acte, un héritage qu'ils possèdent en commun et par indivis, ne sont censés vendre que chacun sa part, et qu'en conséquence chacun d'eux ne soit soumis que pour sa part, à la garantie de la vente; de même aussi, lorsque, par un seul et même Testament, deux époux disposent de la masse commune d'un double patrimoine, la disposition de chacun d'eux n'est censée porter que sur sa portion indivise dans cette masse; et de là il suit que chacun d'eux retient la faculté de disposer de son propre bien autrement que l'avait réglé le Testament conjonctif : *sicut enim duo socii extraneo simul vendentes uno actu prædium inter se commune atque indivisum, singuli tamen non ultrà suam partem vendidisse, nullatenùs verò de socii sui parte per contractum disposuisse intelligitur, et ob id singuli quoque non ultrà suam partem de evictione, ubi illa supervenerit, obstricti sunt : ità quoque si de communi massâ patrimonii duplicis consolidati disponant simul per.... testamentum duo conjuges, singuli tamen non de totâ patrimonii communis massâ, sed tantùm de suâ parte, quam pro indiviso habebant ex eâ massâ, sibi competentem, censeri debet disposuisse. Cui deindè consentaneum est ut quisque sibi salvam retinuerit licentiam de rebus suis aliter disponendi, quàm..... testamento communiter cùm prædefuncto conjuge condito, cautum erat.*

» Cette doctrine est ici d'autant moins susceptible de critique, qu'elle est expressément consacrée par un texte du droit romain qui fait loi dans toute l'Allemagne, dont le ci-devant pays de Liége faisait partie avant sa réunion au territoire français. En effet, la loi 5, §. 1 et 2, D. *de legatis* 1°, met en principe que celui qui a disposé d'un effet ou d'un fonds commun par indivis entre lui et une autre personne, n'est censé en avoir disposé que pour sa part, quoique dans le Testament il ait dit, *mon héritage, ma chose*, comme s'il en eût été seul propriétaire :

» *Labeo ait, cùm certa res aut persona legatur, et communis sit, totum deberi; Trebatium verò respondisse partem deberi Cassius scripsit; quod et verius est.*

» *Cùm fundus communis legatus sit, non adjectâ portione, sed* MEUM *nominaverit, portionem deberi constat.*

» Et c'est sur cette loi que s'est spécialement fondée la chambre impériale d'Allemagne, pour juger conformément au système de la révocabilité, une espèce singulièrement analogue à la nôtre, et que nous retrace Mynsinger, *cent.* 1, *obs.* 8.

» Deux époux avaient, par un Testament conjonctif, ordonné que leurs acquêts appartiendraient, moitié aux plus proches parens du mari, et moitié aux plus proches parens de la femme; et en disposant ainsi, ils avaient déclaré le faire de leur consentement mutuel, et sous leur foi réciproque : *mutuo consensu ac reciprocâ fide.*

» La femme étant morte la première, le mari avait passé à de secondes noces; et il avait, en révoquant, pour sa part, le Testament conjonctif, disposé en faveur de sa seconde épouse, des acquêts que cet acte assignait à ses héritiers *ab intestat.*

» Question de savoir si ces nouvelles dispositions étaient valables : *Quæsitum fuit an id jure subsisteret.* Quelques-uns des juges, dit l'arrêtiste, opinaient pour la négative, et ils se fondaient sur deux raisons : la première, que les deux époux n'avaient disposé en commun que de leur mutuel consentement; que ce consentement avait la force d'un contrat, et qu'il était par conséquent irrévocable; la seconde, que, par une clause particulière du

Digitized by Google

Testament dont il s'agissait, les deux co-testateurs s'étaient réservé la faculté de le révoquer du consentement l'un de l'autre; et que de là il suivait nécessairement qu'ils avaient renoncé à la faculté de le révoquer chacun séparément. Mais, nonobstant ces raisons, la majorité s'est déterminée pour la validité de la révocation faite par le mari survivant : *sed prædictis argumentis non obstantibus censuerunt domini crebrioribus suffragiis, maritum superstitem hujusmodi revocationem jure fecisse.* Et voici sur quel fondement.

» D'abord, il est de principe que, quand un mari et sa femme testent ensemble, l'acte qu'ils font contient réellement deux Testamens, parcequ'il y a autant de Testamens que de testateurs : *primò, quia de jure duo censentur esse testamenta, ex quo vir et uxor simul testati sunt; quia tot sunt testamenta, quot sunt personæ testamentum facientes.* Ainsi, la chose revient au même que si chacun des époux avait disposé séparément de sa moitié des acquêts, ce qui entraîne évidemment, pour l'époux survivant, la faculté de révoquer ce qu'il a fait conjointement avec le pédécédé : *et sic perindè est ut si unusquisque eorum seorsim et discretivè de semisse bonorum communium ad eum spectante disposuisset; et per consequens, superstes suam voluntatem revocare potuit.* En second lieu, dès qu'il existe réellement deux Testamens renfermés en un seul acte, et que les deux époux ont testé de biens qui leur étaient communs par indivis, la loi 5, §. 2, D. *de legatis* 1°, nous apprend que chacun d'eux n'est censé avoir disposé que de sa part, et nullement de celle de l'autre : *item ex quo duo sunt testamenta, testatique sunt præfati conjuges de bonis communibus per eos acquisitis, quilibet in dubio de suâ, et non de alterius portione, disposuisse censetur, per textum in lege* 5... Il n'importe que les deux époux aient déclaré expressément qu'ils testaient de leur consentement mutuel. Sans doute, tout consentement a la force d'un contrat; mais que résulte-t-il du consentement mutuel dont il s'agit? Il en résulte que le mari n'a pas pu révoquer son consentement à ce que sa femme disposât de sa moitié dans les biens communs: *Maritum non potuisse revocare consensum uxori suæ præstitum in testamenti per eam conditi factione.* Mais il ne suit point de là que le mari n'a pas pu révoquer le Testament qu'il avait fait lui-même du consentement de sa femme : *ex hoc tamen non sequitur, quòd nec suum proprium testamentum revocare potuerit, suæ uxoris consensu erectum.* Pourquoi cela? Parceque le mari n'avait pas besoin du consentement de sa femme pour disposer de sa part indivise dans les conquêts. Il importe donc peu que sa femme ait consenti à ce qu'il en disposât; ce consentement superflu ne peut pas le priver de la faculté de révoquer sa propre disposition. Donné par addition surabondante à ses droits, ce consentement n'a pas pu diminuer les droits qu'il avait de son propre chef : *Etsi enim uxor non consensisset, maritus potuisset nihilominùs testari de medietate hujusmodi bonorum acquisitorum, pro indiviso ad eum spectante : ergò licet consenserit ut de suâ medietate testaretur, ille consensus non aufert facultatem revocandi; et cùm datus fuerit ad augmentum, non debet operari diminutionem.* Enfin, on ne doit pas s'arrêter à la clause par laquelle les co-testateurs se sont réservé le droit de révoquer conjointement leur disposition commune; car, quand on voudrait induire de là qu'ils se sont promis de ne pas la révoquer séparément, qu'en pourrait-on conclure? Les lois déclarent, en termes exprès, qu'il y a toujours lieu à révocation, quoique le testateur se soit engagé par promesse ou même par serment, de ne pas révoquer sans le consentement d'un autre : *jure cautum est quamvis aliquis promisisset vel etiam jurasset non revocare testamentum sine consensu alterius, tamen revocationi locum esse.*

» Ainsi s'explique Mynsinger; et, comme vous le voyez, il réfute à l'avance l'argument que, dans notre espèce, le jugement attaqué tire de la clause par laquelle François-Joseph Darbre et Marie-Hélène Demerbe se réservent *le pouvoir de changer tout ou partie conjointement et non séparément.*

» Donner un pareil effet à cette clause, c'est méconnaître, c'est violer ouvertement la loi 22, D. *de legatis* 3°, suivant laquelle nul ne peut, par son Testament, s'imposer la condition de ne pouvoir le changer par la suite : *nemo eam sibi potest legem dicere, ut à priore ei recedere non liceat.* Aussi lisons-nous dans Stockmans, §. 18, n° 4, que plusieurs fois le conseil de Brabant a jugé valablement révoqués par les époux survivans, des Testamens conjonctifs qui portaient la clause formelle de n'y pouvoir déroger que du consentement mutuel des deux co-testateurs : *aliquoties censuimus testamenta simul condita à conjugibus, ubi quisque de suis tantùm bonis testatur, liberè revocari posse...; nec quidquàm facere clausulam adjectam de non revocando sine mutuo consensu, quia nemo potest sibi eam legem dicere, ut non possit à priore voluntate recedere, nec pro-*

Digitized by Google

missio ulla vel juramentum eam vim habet ut quis liberam facultatem testandi sibi adimat.

» Comment donc le tribunal d'appel de Bruxelles a-t-il pu attribuer à la clause dont il est question, la vertu d'empêcher François-Joseph Darbre de révoquer, pour sa part, le Testament conjonctif du 31 janvier 1789? C'est, porte son jugement, parceque *les coutumes de Liége admettent la renonciation à la faculté de tester.*

» Mais quelle preuve donne-t-il d'une aussi étrange assertion? Aucune.

» Et dans le fait, nous voyons bien que, dans le pays de Liége, comme partout ailleurs, on peut, par une institution contractuelle, s'ôter le droit de faire un héritier testamentaire. Nous y voyons bien aussi qu'on peut, lorsqu'on a des enfans, se priver, en faisant à leur profit un Testament conjonctif, de la faculté de disposer ultérieurement à leur préjudice.

» Mais hors ces deux cas, la liberté de tester, et par suite, celle de révoquer un Testament, est tout aussi générale, tout aussi illimitée dans la coutume de Liége, que dans les autres; et certainement il suffit que la coutume de Liége n'ait pas étendu plus loin la dérogation qu'elle fait, dans ces deux cas, aux principes du droit romain, pour que ces principes conservent, dans les autres cas, toute leur autorité.

» Mais, dit-on, l'usage du pays de Liége est de regarder comme irrévocable tout Testament conjonctif par lequel les co-testateurs se sont imposé la loi de ne pouvoir le révoquer que de commun accord; et cet usage est attesté par Méan, *observ.* 83. On pourrait ajouter que Sohet, dans ses *Institutes* liégeoises, liv. 3, tit. 25, n° 67, dit également et en termes exprès, que *le Testament conjonctif est révocable à l'égard des biens du survivant, sinon..... lorsqu'il y a clause de ne le révoquer que conjointement.*

» Si tel est effectivement l'usage, s'il est bien constant, s'il n'a jamais varié, nous n'avons plus rien à dire. L'usage a pu, dans le pays de Liége, modifier la liberté que les lois romaines accordent au testateur de révoquer, quand il lui plaît, ses dernières dispositions; et vous savez, vous avez même prouvé par une infinité de vos jugemens, que l'on ne peut pas tirer un moyen de cassation d'une loi romaine à laquelle il a été dérogé par un usage contraire.

» Mais d'abord Sohet ne fonde pas sa doctrine sur l'usage du pays de Liége; il la fonde seulement, et sur les art. 4 et 5 du chap. 10 de la coutume qui ne disent pas un mot de cela, et sur les autorités de Voët et Deghewiet qui n'en parlent pas davantage, et sur celle de Méan que nous apprécierons dans un instant.

» Ce n'est donc pas comme témoin de l'usage réclamé par les parties en faveur desquelles a prononcé le tribunal d'appel de Bruxelles, que l'on peut invoquer ici le passage de Sohet dont nous venons de vous retracer les termes; on ne peut l'invoquer que comme l'opinion individuelle d'un auteur sur la question qu'il traite. Mais à cet égard, nous devons dire que Sohet, quelque estimable que soit son ouvrage, considéré comme table des matières de la jurisprudence liégeoise, ne jouit à Liége d'aucune confiance, quand il ne fait qu'énoncer sa propre opinion sur des points de cette jurisprudence. Nous l'avons connu exerçant la profession d'avocat-procureur dans une petite justice seigneuriale du ressort du parlement de Douai, régie par la coutume de Liége; et sans doute, ce n'était point là une école bien sûre pour s'initier dans les mystères de la législation de cette contrée.

» A l'égard de Méan, rien, au premier coup d'œil, de plus positif que ce qu'il dit dans son observation 83. *Si desint liberi,* ce sont ses termes, *superstes, quoad bona à latere suo provenientia, testamentum cùm conjuge prædefuncto conjunctim factum, revocare potest, manente prædefuncti conjugis testamento irrevocabili per ejus mortem, quoad bona ejusdem.* C'est ce qu'il justifie par l'art. 5 du chap. 10 de la coutume, et par un acte de notoriété des échevins de Liége, du 18 mars 1613. Puis il ajoute, d'après un autre acte de notoriété des mêmes échevins, du mois de juin 1582 : *nisi tamen testamento communi conjugum adjecta sit clausula facultatem continens revocandi illud conjunctim et non aliter.*

» Mais là-dessus, plusieurs observations :

» 1° Méan cite à l'appui de sa doctrine, le Traité *de testamentis conjugum,* de Peckius, conseiller au grand conseil de Malines, et professeur de droit en l'université de Louvain. Eh bien! Nous avons vérifié le texte de Peckius, et nous pouvons vous assurer, non-seulement qu'il ne contient pas un mot de ce que lui prête Méan, mais que Peckius ne traite même pas la question.

» 2° Méan se fonde encore sur ce que, dans le pays de Liége, on peut efficacement renoncer à la faculté de tester. Mais par quelle loi justifie-t-il ce prétendu principe? Il le justifie par l'art. 5 du tit. 2 de la coutume; or, cet article ne parle que des institutions d'héritier par contrat de mariage, et assurément de ce

Digitized by Google

que, par contrat de mariage, on peut instituer irrévocablement pour héritiers, soit les futurs époux, soit les enfans à naître de leur union, il ne s'ensuit nullement que l'on puisse faire la même chose par testament.

» 3° L'annotateur de Méan, Louvrex, beaucoup plus estimé dans le pays de Liége que Méan lui-même, dit dans sa note *h* sur ce passage, que, s'il n'était arrêté par une sorte de respect pour l'acte de notoriété des échevins de Liége cité par son auteur, il aurait beaucoup de peine à se rendre à cette opinion qu'il croit avantageusement combattue par la décision 18 de Stockmans : *dubitarem tamen de hâc opinione, si non haberemus attestationem DD. Scabinorum hîc citatam, ut videre est ex Stockmans, decis.* 18.

» 4° L'attestation des échevins de Liége qui en impose tant à Louvrex, prouve, par son seul rapprochement avec le texte de la coutume, qu'elle ne mérite aucune espèce de considération. En effet, cette attestation remonte, comme vous venez de le voir, au mois de juin 1582, et par conséquent à une époque bien antérieure à la rédaction de la coutume, qui ne date que de l'an 1642. Or, si l'usage prétendu que les échevins de Liége ont attesté en 1582, avait été aussi constant que l'assure le tribunal d'appel de Bruxelles, très-certainement nous le retrouverions dans le texte de la coutume; et cependant la coutume est absolument muette à cet égard; la coutume ne limite par aucune exception, la faculté qu'elle laisse à l'époux survivant de révoquer le testament conjonctif fait en faveur d'étrangers ou de parens collatéraux; la coutume ne déroge en aucune manière, pour ce cas, aux dispositions des lois romaines qui déclarent nulle toute renonciation à la faculté qu'a essentiellement chaque testateur de révoquer ses dernières volontés; la coutume proscrit donc implicitement le prétendu usage que les échevins de Liége avaient attesté en 1582.

» 5° Méan lui-même a tellement senti que sa doctrine, quoique conforme à l'acte de notoriété de 1582, ne pouvait pas se soutenir, que, dans son *observation* 502, intitulée *Appendice à l'observation* 83, il l'a restreinte à ce seul sens, que la révocation faite séparément par l'un des époux testateurs, ne peut pas nuire à l'autre époux, mais qu'elle nuit aux parens collatéraux qui étaient appelés par le Testament conjonctif. *Quod enim*, dit-il, *in obs.* 85, *traditur vi clausulæ quâ non nisi conjunctim conjugibus jus disponendi relinquitur, sublatam esse facultatem disponendi separatim cuique conjugum, intelligendum est nolente et reluctante altero conjugum, quia, eorum respectu, consensus ille mutuus disponendi conjunctim solùm transit in contractum, qui invito altero revocari nequit, quæ est ratio dictæ observationis* 83. Ainsi, deux époux se seront, par un Testament conjonctif, institués réciproquement héritier universel l'un de l'autre, et ils auront déclaré que ce Testament ne pourra être révoqué par eux, que d'un commun accord; si l'un d'eux, à l'insu ou contre la volonté de l'autre, fait un acte révocatoire, cet acte sera nul, quant à l'époux qui ne l'a point souscrit; et en cas qu'il survive à l'époux révoquant, il exercera sur sa succession les mêmes droits que si le Testament n'avait subi aucune espèce de révocation. Mais est-il question d'un Testament conjonctif qui appelle des parens collatéraux, soit des deux époux, soit de l'un ou de l'autre seulement, à recueillir leurs biens respectifs après leur mort? Alors, c'est toute autre chose : la révocation, quoique faite séparément, a tout son effet contre eux; et c'est ce que Méan établit de la manière la plus positive : *non obstat*, dit-il, *quòd conjuges reservantes solùm sibi jus revocandi hanc reversionis legem conjunctim, videantur alio casu sustulisse sibi jus eam revocandi. Quia, ut suprà dictum est, hæc conditio conjuges solùm respicit, quorum præjudicio alteruter non potest disponere nisi conjunctim, quia hic consensus mutuus eorum respectu transit in contractum; consanguineos autem non concernit, quibus hæc accessoria clausula plus juris non tribuit quàm principalis conditio reversionis bonorum ad eos, ex quâ nihil illis irrevocabiliter acquiritur.* Méan ajoute qu'il en a été ainsi décidé par deux jugemens solennels rendus à Liége, en juillet 1661, l'un par les échevins, après en avoir conféré avec le conseil ordinaire, l'autre par le conseil ordinaire, après en avoir conféré avec les échevins.

» C'est aussi ce qu'enseigne Louvrex dans sa note déjà citée sur l'*observation* 83 de Méan : *revocatio separatim facta*, dit-il en parlant du cas où le Testament conjonctif renferme la clause de ne pouvoir le révoquer que conjointement, *non substitit respectu conjugum, sed consanguineorum.*

» Même doctrine dans les notes de *Bastin* sur le même auteur, page 15 : *ista clausula non operatur respectu tertii, et ità consanguinei non possunt impedire revocationem.*

» Enfin, nous nous sommes assurés par le témoignage d'un profond jurisconsulte de Liége, qui a siégé pendant plusieurs années au tribunal de cassation, que telle est depuis longtemps la jurisprudence des tribunaux liégeois.

» Il s'en faut donc beaucoup que l'usage

Digitized by Google

dans lequel s'est retranché le tribunal de Bruxelles, soit favorable à son système et puisse justifier sa décision : sa décision n'est pas moins contraire à l'usage du pays de Liége, qu'aux lois proprement dites qui gouvernent cette contrée; et par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu d'admettre la requête du demandeur. »

Ces conclusions ont été adoptées par arrêt du 13 vendémiaire an 11, au rapport de M. Delacoste.

Mais la cause portée à la section civile, arrêt y est intervenu, le 17 vendémiaire an 12, au rapport de M. Ruperou, *multis contradicentibus*, par lequel,

« Considérant que l'art. 1er de la loi du 18 pluviôse an 5 maintient toutes les libéralités devenues irrévocables avant la publication de la loi du 5 brumaire an 2;

» Considérant qu'il n'a été cité aucun article de la coutume de Liége qui dise qu'un Testament conjonctif où les époux se sont imposé la loi de ne le changer que du consentement mutuel, demeurera cependant révocable par le survivant;

» Considérant que le tribunal d'appel atteste, au contraire, que, *suivant les usages des habitans du pays de Liége, un tel Testament devient irrévocable pour le tout à la mort du prédécédé des co-testateurs*, et que rien ne prouve que cette assertion soit contraire à la vérité;

» Par ces motifs, le tribunal rejette le pourvoi de Guillaume Goffin.... »

On voit que cet arrêt ne contrarie nullement les principes que j'avais établis, dans mes conclusions; qu'il n'a été déterminé que par un prétendu usage à l'existence duquel la cour d'appel de Bruxelles avait sans doute ajouté foi trop légèrement, mais qu'elle avait pu tenir pour constant sans violer aucune loi; qu'ainsi, la question venant à se représenter, on pourrait, en prouvant que cet usage n'existait réellement pas dans le pays de Liége avant l'abolition des Testamens conjonctifs, reproduire avec confiance le système soutenu infructueusement par Guillaume Goffin.

§. II. 1° *Les Testamens conjonctifs olographes, lorsqu'ils étaient autorisés, devaient-ils, à peine de nullité, être écrits en entier par chacun des co-testateurs? Comment chacun des co-testateurs devait-il procéder, à cet égard, pour remplir le vœu de la loi?*

2° *Un Testament conjonctif par lequel deux personnes disposaient confusément de leurs biens respectifs, devenait-il tellement irrévocable par la mort de l'une d'elles, que la dernière vivante n'eût plus la faculté de disposer par Testament des biens qu'elle avait acquis depuis cette mort?*

Le 11 avril 1776, Marguerite Richir, veuve de Jacques Lecaille, et Marie-Catherine Richir, sa sœur, domiciliées à Comillet, commune du pays de Liége, font, conjointement et par le même acte, un testament olographe qui débute en ces termes : « Souhaitant *de disposer* » *des biens que nous possédons*, nous avons » jugé à propos de faire nos dispositions de » dernière volonté de la manière suivante, » voulant qu'elles sortent leur plein et entier » effet, *sous la réserve de pouvoir les changer*, ainsi et comme nous trouverons à propos voir, *conjointement et pas autrement* ».

Mais il est à remarquer que ces mots *et pas* sont rayés sur la minute, et qu'on y a substitué l'expression *ou*, et qu'après *autrement*, on a ajouté : *selon qu'il plaira et trouvera bon la dernière vivante de nous deux testatrices*. Il paraît même que ces ratures, substitution et addition sont d'une main étrangère.

Quoi qu'il en soit, les deux sœurs déclarent *instituer la dernière vivante des deux testatrices héritière universelle, pour en jouir*, disent-elles, *la vie durante de nous deux testatrices, pour ensuite suivre relativement à la disposition suivante*. Après cette première disposition, les deux testatrices font un grand nombre de legs particuliers dont elles chargent l'héritier qu'elles vont désigner, puis elles ajoutent : « venant à l'institution de » notre héritier, nous déclarons nommer et » instituer pour notre héritier universel, tant » mobilier qu'immobilier, or, argent, bijoux, » linges, argenterie et prétentions quelcon- » ques, rien réservé ni excepté, le tout situé » tant à Comillet que dans tous autres pays, » Jean-Baptiste Bosquet, avocat à Liége, pour » en jouir de toute notre succession immédia- » tement après le décès de la dernière de nous » deux testatrices ». L'acte est, au surplus, écrit en entier de la main de Marguerite Richir, et il est signé tant par celle-ci que par Marie-Catherine Richir.

Le 13 février 1777, décès de Marguerite Richir.

Le 26 janvier 1790, Marie-Catherine Richir fait devant notaires un testament par lequel, « usant du pouvoir qui lui est attribué » par le Testament conjonctif qu'elle a fait » avec sa sœur....., le 11 avril 1776, elle dé- » clare le casser, révoquer et annuler ». En conséquence, elle institue deux héritiers, sa-

Digitized by Google

voir : Jean-Baptiste Bosquet, déjà appelé à toute sa succession par le Testament conjonctif, et Victorien Barré, à qui elle assigne pour sa portion la *cense* ou *ferme de la Couture*, dont elle avait fait l'acquisition depuis la mort de sa sœur.

Par le même acte, elle nomme pour exécuteur testamentaire, Henri Cramme, prêtre, et lui fait des legs assez considérables.

Marie-Catherine Richir a survécu près de cinq ans à ce Testament; elle est morte le 30 décembre 1794, époque où les lois françaises n'étaient pas encore publiées dans le pays de Liége, qui, par conséquent, demeurait toujours soumis à ses anciennes lois, à sa coutume et à ses usages.

Alors paraissent successivement les deux Testamens des 11 avril 1776 et 26 janvier 1790; et par des circonstances dont le détail est inutile ici, ce n'est qu'après l'acceptation du deuxième de la part du sieur Bosquet, que le premier vient à sa connaissance.

Le sieur Bosquet demande la nullité du deuxième, et il se fonde sur l'irrévocabilité que le premier a, suivant lui, acquise par la mort de Marguerite Richir, l'aînée des deux sœurs co-testatrices.

Le sieur Barré lui oppose d'abord la nullité du Testament par rapport à Marie-Catherine Richir, qui ne l'a pas écrit en entier, et n'a fait que le signer. Il prétend ensuite que, par le premier Testament, la survivante des deux testatrices est expressément autorisée à le révoquer et à en faire un autre; et là s'élève la question de savoir si c'est par les deux testatrices ou par un étranger qu'ont été faites, dans le préambule de l'acte, les ratures, substitution et addition dont il a été parlé ci-dessus. Enfin, le sieur Barré soutient que, même en supposant le Testament conjonctif valable dans son principe, que, même en le supposant devenu irrévocable par la mort de Marguerite Richir, Marie-Catherine Richir n'en a pas moins pu disposer à son profit de la ferme de la Couture, puisqu'elle l'avait acquise depuis le décès de sa sœur, et que par conséquent cette ferme n'était entrée pour rien dans les dispositions conjonctives des deux testatrices.

Le 24 thermidor an 6, jugement par lequel,

« Considérant que Marguerite et Marie-Catherine Richir ont clairement manifesté, dans le préambule de leur Testament conjonctif du 11 avril 1776, que leur volonté était de disposer des biens qu'elles possédaient;

» Que ces expressions étant conçues au temps présent, n'ont aucun trait aux biens qu'elles posséderaient par la suite;

» Que celles dont elles se sont servies dans le reste du contenu du Testament, *que le cit. Bosquet jouira de toute leur succession* et autres semblables, comme postérieures audit préambule, et n'étant en soi que l'émanation de cette même volonté prédéclarée, y sont de tout chef corrélatives;

» Que, quoiqu'il soit vrai en thèse, que le mot *succession* contient l'universalité des biens d'un défunt, soit présens, soit futurs, il n'est pas moins constant d'ailleurs que cette universalité peut se restreindre, comme dans l'hypothèse dont s'agit, à une masse fixe et déterminée de biens, tels que ceux que les testatrices possédaient lors de la confection de leur Testament conjonctif;

» Qu'il conste au procès que la ferme de la Couture n'était pas, à cette époque, et n'a même jamais été comprise dans la masse des biens mentionnés au prédit Testament, puisque les testatrices ne la possédaient pas, et qu'elle n'a été acquise par Marie-Catherine Richir, que long-temps après le décès de Marguerite Richir, sa sœur; que cette même ferme est, par conséquent, une propriété particulière à Marie-Catherine Richir; qu'il ne conste pas d'ailleurs au procès que cette ferme fût un remploi; que tout acte qui restreint la liberté de disposer de ses biens, doit être de stricte interprétation; que tout doit militer, au contraire, en faveur de cette liberté; qu'ainsi, Marie-Catherine Richir a pu disposer de ladite ferme, par son Testament du 26 janvier 1790, en faveur du cit. Barré; que le cit. Bosquet, l'un des héritiers nommés par ce Testament, l'a fait *réaliser*; qu'il résulte de là une approbation de sa part, du contenu en icelui »;

Le tribunal civil du département de Sambre et Meuse, en confirmant un jugement du tribunal civil du département de Jemmapes, du 17 pluviôse an 6, a ordonné l'exécution du Testament particulier de Marie-Catherine Richir, et a maintenu le sieur Barré dans la propriété de la ferme de *la Couture*.

Le sieur Bosquet s'est pourvu en cassation contre ce jugement, et la cause portée à l'audience de la section des requêtes, j'ai dit :

« Trois moyens de cassation vous sont proposés dans cette affaire.

» Le premier est une prétendue contravention à la loi du 3 brumaire an 2; et cette contravention, le demandeur la fait résulter de ce que le tribunal civil de Sambre et Meuse, après avoir entendu les plaidoiries, a déclaré *la cause conclue en droit*, et renvoyé à une autre audience pour la prononciation

Digitized by Google

du jugement; de ce qu'il a prononcé le jugement à une autre audience que celle qui avait été indiquée; de ce qu'il n'a pas fait précéder cette prononciation d'un rapport public.

» Mais qu'a entendu ce tribunal, en déclarant *la cause conclue en droit?* Il a entendu ce qu'entendent tous les auteurs belges, liégeois et allemands : il a entendu que les débats étaient fermés et que l'affaire était en état d'être jugée; qu'il ne s'agissait plus que de la juger en effet. La cause en cet état, il pouvait, ou la juger sur-le-champ, ou la mettre en délibéré, ou nommer un rapporteur pour en faire le rapport à une nouvelle audience. Il ne l'a ni jugée sur-le-champ, ni renvoyée à un rapporteur; mais il l'a mise en délibéré; car c'est bien évidemment mettre une cause en délibéré, que de déclarer les débats fermés, et de renvoyer à un autre jour pour la prononciation du jugement. Qu'importe, du reste, que le résultat du délibéré n'ait pas été prononcé à l'audience qui d'abord avait été indiquée à cet effet? Aucune loi n'enjoignait au tribunal de Sambre et Meuse d'indiquer, dans son jugement de mise en délibéré, le jour où serait prononcé le jugement définitif. Il pouvait ordonner un délibéré indéfini, et prononcer quand il le trouverait à propos. Il a donc pu, par une suite nécessaire, prononcer un autre jour que celui où il avait annoncé qu'il prononcerait. Enfin, et ceci tranche toute difficulté, en prononçant à une autre audience que celle qu'il avait d'abord indiquée, il n'a nui en rien à la défense des parties, puisque les parties n'avaient plus rien à dire.

» Le second moyen du demandeur est une prétendue contravention aux dispositions de l'ordonnance de 1667, concernant la preuve par témoins. Je soutenais, dit le demandeur, devant le tribunal civil de Sambre et Meuse, que Marie-Catherine Richir n'avait fait qu'un remploi en acquérant la ferme de *la Couture;* qu'elle n'avait fait cette acquisition qu'au moyen des sommes qu'elle s'était procurées en vendant des biens provenans de la succession de sa sœur; et je produisais des pièces qui en contenaient la preuve. Les juges n'ont pas trouvé cette preuve suffisante; mais que devaient-ils faire, d'après leur manière de voir à cet égard? Ils devaient m'admettre à suppléer par une preuve testimoniale à ce qui pouvait manquer à ma preuve par écrit. Ainsi le voulait l'ordonnance de 1667; ils ont donc contrevenu à cette ordonnance, en décidant tout de suite que la ferme de la Couture ne devait pas être considérée comme remploi.

» Mais d'abord, l'ordonnance de 1667 ne dit pas que les juges seront tenus d'admettre la preuve testimoniale, lorsqu'il existera des commencemens de preuve par écrit; elle dit seulement qu'ils pourront l'admettre en ce cas. Elle abandonne donc à leur sagesse l'examen des circonstances desquelles peut dépendre l'admission ou le rejet de la preuve testimoniale. Ensuite, le demandeur n'a point pris de conclusions devant le tribunal de Sambre et Meuse, à ce qu'il lui fût permis de compléter sa prétendue preuve écrite par une enquête testimoniale. Enfin, quelles pièces le demandeur produit-il devant vous pour prouver le remploi qu'il a articulé devant le tribunal de Sambre et Meuse? Il produit un compte de l'an 10, c'est-à-dire, un compte qui n'existait pas encore au moment où a été rendu le jugement dont il se plaint. Il produit le contrat d'acquisition de la ferme de la Couture, et divers actes relatifs à cette acquisition; mais dans ce contrat, *dans ces actes*, il n'y a pas un mot d'où l'on puisse induire que cette acquisition n'était qu'un remploi de la part de Marie-Catherine Richir.

» Pour troisième moyen, le demandeur soutient que, par le jugement attaqué, il a été contrevenu aux dispositions des lois romaines et liégeoises, concernant l'irrévocabilité des Testamens conjonctifs; et ici se présentent trois questions : 1° le Testament conjonctif du 11 avril 1776 était-il valable dans la forme? 2° ce Testament était-il devenu irrévocable par la mort de Marguerite Richir? 3° ce Testament, en le supposant irrévocable de la part de Marie-Catherine Richir, pouvait-il empêcher celle-ci de disposer d'un bien qu'elle n'avait acquis qu'après la mort de sa co-testatrice?

» De ces trois questions, le tribunal civil du département de Sambre et Meuse n'a décidé que la troisième; mais nous n'en devons pas moins examiner les deux premières : car si le Testament conjonctif était nul, ou si Marie-Catherine Richir avait pu le révoquer, inutilement le cit. Bosquet parviendrait-il à établir que la troisième question a été jugée contre le texte des lois. On lui répondrait, dans l'une ou l'autre hypothèse, que cette troisième question était surabondante; que le tribunal civil du département de Sambre et Meuse a pu se tromper en la jugeant, mais que ce n'est point par le *dispositif* de son jugement qu'il l'a jugée; qu'il ne l'a jugée que par ses *motifs;* et qu'un dispositif mal motivé doit toujours être maintenu, quand il est bon en soi.

Digitized by Google

» Ainsi, voyons d'abord si le Testament conjonctif du 11 avril 1776 était, dans son principe, valable ou nul.

» A cet égard, il est un point de fait constant: c'est que le Testament dont il s'agit, n'était écrit que de la main de l'une des co-testatrices; et de-là résulte nécessairement la conséquence qu'il était nul.

» La coutume de Liége, chap. 10, art. 12, ne reconnaît les Testamens olographes pour valables, qu'autant qu'ils sont *écrits tout au long de la main du testateur et soussignés d'icelui*. Par le même article, il est vrai, la coutume déclare que, dans le cas *où le Testament sera fait par les deux conjoints, le Testament écrit de la main d'un des conjoints et signé de l'un et de l'autre, sera aussi valable*. Mais cette exception n'est évidemment accordée qu'au Testament conjonctif fait par un mari et sa femme. Les mots *deux conjoints* ne peuvent pas avoir, dans cet article, un autre sens que dans les art. 4 et 5 du même chapitre, où, d'après leur relation avec les *enfans* qu'ont ou n'ont pas les *conjoints* dont il y est parlé, il est impossible que ces mots ne soient pas absolument synonymes avec *époux*. Il faut donc qu'en tout autre cas où deux personnes testent ensemble dans la forme olographe, elles écrivent chacune le Testament entier. Toute autre manière de tester conjointement sous seing-privé leur est interdite, par cela seul que la coutume ne permet de tester sous seing-privé, qu'à la charge, par le testateur, d'écrire lui-même son Testament *tout au long*.

» Ce que la coutume de Liége prescrit pour la validité des Testamens olographes, en exceptant ceux des époux disposant par un même acte, plusieurs de nos coutumes le prescrivent également, mais sans exception à l'égard des Testamens conjonctifs qui, avant l'ordonnance de 1735, étaient permis en France, comme dans le pays de Liége. Dans ces coutumes comme dans celle de Liége, il faut que le Testament olographe soit entièrement écrit de la main du testateur; et l'on y a constamment tenu pour maxime que les Testamens conjonctifs, dans le temps où ils étaient encore autorisés, ne pouvaient valoir en forme olographe, que lorsqu'ils étaient écrits en entier de la main de chacun des co-testateurs, et par conséquent faits doubles.

» Écoutons Ricard, *Traité des donations*, part. 1, n° 1492: *Au sujet du Testament olographe, j'ai vu former la question de savoir si, étant fait mutuellement entre un mari et une femme, il était valable, le corps du testament n'étant écrit que de la main de l'un ou de l'autre, et signé des deux? J'ai toujours été dans la pensée, pour mon particulier, que ce Testament ne se pouvait pas soutenir..... Car, quoique ceux qui soutiennent l'avis contraire, se fondent sur une raison spécieuse, savoir, qu'il est impossible que deux personnes écrivent un même Testament, il y a deux réponses à cette raison, qui sont, à mon avis, sans difficulté. L'une consiste en ce que la loi ne se détruit point par les inconvéniens et les obstacles qui se rencontrent de la part des particuliers, lesquels sont, au contraire, obligés de se soumettre à la loi; de sorte que, si deux personnes qui ont dessein de faire un Testament mutuel, ne peuvent pas satisfaire à la coutume par la voie du Testament olographe, leur dessein devrait plutôt demeurer sans effet, que de violer la loi. Mais ils ont même le moyen d'exécuter leur résolution, en choisissant l'une des autres espèces de Testamens permises par la coutume, qui sont compatibles avec le testament mutuel. L'autre réponse est fondée parceque deux personnes peuvent faire ensemble un Testament mutuel, par une autre voie que celle qui est proposée, en faisant deux exemplaires du Testament signés des deux, mais l'un écrit par le mari, et l'autre par la femme; moyennant quoi, il n'y a point de difficulté qu'ils auront satisfait à la coutume, et que le Testament ne pourra être contesté en la forme. Cette question de savoir si le Testament mutuel signé des deux, mais écrit de l'un des testateurs seulement, doit être exécuté comme Testament olographe, a été agitée en l'audience de la grand'chambre, du lundi 1er avril 1658, au sujet d'un Testament de cette qualité, fait par le sieur Hillerin, trésorier de France à Poitiers, et sa femme, qui était soutenue par M. Hillerin, conseiller en la cour, son fils, contre ses deux sœurs, qui le débattaient de nullité. M. l'avocat-général Talon, qui parla en la cause, conclut à ce qu'en infirmant la sentence de messieurs des requêtes du palais, qui avait ordonné l'exécution du Testament, il fût, sans y avoir égard, procédé au partage des successions également entre les parties, et néanmoins la cause demeura appointée; mais j'ai depuis appris qu'il est intervenu arrêt définitif, conforme aux conclusions; et de fait, la même question s'étant encore présentée en cette année 1667, aux requêtes du palais, sentence est intervenue en l'audience contre le Testament.*

» Immédiatement après, Ricard ajoute qu'*en l'année 1668, le Testament olographe fait par la sieur Rinsant, docteur en médecine de la faculté de Paris, et sa femme, a*

Digitized by Google

été déclaré nul par sentence des requêtes du palais, confirmée ensuite par arrêt, sur le motif qu'il n'était écrit que de la main de l'un et signé des deux.

» Telle est encore la doctrine d'un jurisconsulte qui a écrit depuis l'ordonnance de 1735. Nous voulons parler de l'auteur du *Supplément aux notes* sur l'additionnaire de Perrier, tome 1, page 4: *Si l'acte est olographe* (dit-il), *il exige des précautions spéciales : 1° il faut que la disposition des deux conjoints soit sur la même feuille, ou du moins sur le même cahier; de telle sorte qu'on ne puisse séparer l'écriture de l'un, de celle de l'écriture de l'autre*, in unius chartæ volumine, *comme porte la novelle 4 de Valentinien, qui a introduit ce genre de disposition entre mari et femme; 2° que chacun des conjoints écrive la disposition entière de tous les deux, soit sur deux colonnes, soit à la suite l'une de l'autre, et que tous deux signent chaque disposition, c'est-à-dire, que la disposition écrite par le mari seul et contenant celle des deux conjoints, sera signée par la femme aussi bien que le mari, et respectivement.*

» Le même auteur nous apprend dans les additions qui terminent le tome 2 du recueil cité, page 7, que le défaut de ces précautions a fait annuler, par arrêt du parlement de Dijon, du 11 août 1751, le Testament mutuel que deux époux avaient fait en forme olographe, le 20 octobre 1725.

» Inutile d'objecter, comme le faisait le cit. Bosquet devant le tribunal civil du département de Sambre et Meuse, que l'usage du pays de Liége avait étendu aux Testamens conjonctifs entre frères et sœurs, l'exception accordée aux époux par l'art. 11 du chap. 10 de la coutume. Cet usage prétendu, le cit. Bosquet ne l'a point prouvé; et d'ailleurs quand on le supposerait constant, pourrait-il former un moyen de cassation pour le cit. Bosquet? Bien évidemment non. Un jugement peut bien être cassé pour avoir contrevenu à une loi, soit générale, soit locale; mais il ne peut jamais l'être pour avoir prononcé contre un point d'usage.

» Mais allons plus loin, admettons pour un moment la parfaite régularité du Testament conjonctif du 11 avril 1776; et voyons si, par la mort de Marguerite Richir, ce Testament est devenu irrévocable de la part de Marie-Catherine Richir.

» Sans contredit, Marie-Catherine Richir a pu le révoquer, si elle s'en était réservé le droit de concert avec sa co-testatrice.

» Or, cette réserve, nous sommes forcés de croire qu'elle l'avait faite par le Testament même; cela résulte du préambule de cet acte.

» En vain, le cit. Bosquet prétend-il que ce préambule a été altéré et falsifié par Henri Chamme, après la mort de Marguerite Richir. La chose est assez vraisemblable, mais elle n'est pas prouvée légalement. Lorsqu'un faux est, d'une part, allégué contre un acte authentique, et nié de l'autre, il n'y a qu'une voie légale pour le prouver, c'est l'inscription de faux : or, cette voie, le cit. Bosquet ne l'a point prise.

» Dira-t-on que le Testament du 11 avril 1776 n'était pas un acte authentique? Mais quoique fait sous seing-privé, il était authentique par cela seul que la coutume permettait de le faire dans cette forme. La coutume, en effet, assimile les testamens olographes aux testamens notariés. *Un testament écrit tout du long de la main du testateur et soussigné d'icelui, sera valable....., comme aussi est valable un testament fait devant notaire, curé ou vicaire, et deux témoins*; c'est en ces termes qu'elle s'exprime, chap. 10, art. 12 et 13. Elle fait donc, à l'égard des testamens olographes, ce que fait la coutume de Paris, par rapport aux mêmes actes, quand elle dit, art. 289 : *pour réputer un testament solennel, il est nécessaire qu'il soit écrit et signé de la main du testateur....* Ainsi, dans la coutume de Liége, comme dans celle de Paris, le testament olographe n'est pas, à proprement parler, un acte sous seing-privé; c'est un acte *solennel* : le testateur qui l'écrit, est érigé par la loi en officier public pour l'écrire..... (1).

» Et remarquons bien qu'il existe ici une raison déterminante pour faire appliquer au testament du 11 avril 1776, le principe que nous venons de développer.

» La coutume de Liége, chap. 10, art. 12, ne déclare valable le testament écrit en entier et signé de la main du testateur, que sous la condition qu'après la mort de celui-ci, son

(1) Ce principe est développé dans le plaidoyer du 11 frimaire an 9, rapporté à l'article *Testament*. §. 8; mais je dois reconnaître ici qu'il n'était pas applicable au testament des sœurs Richir.

En effet, un testament olographe n'est valable et n'a conséquemment le caractère d'acte authentique, que lorsqu'il est entièrement écrit de la main du testateur. Ce n'est donc que dans ce cas, qu'il peut faire foi de son contenu jusqu'à inscription de faux. Si donc il y a contestation sur le point de savoir si telle ou telle partie d'un testament olographe est écrite de la main du testateur, ce n'est pas par inscription de faux, mais par simple vérification d'écriture, que l'on doit procéder. *V.* l'article *Testament*, §. 7.

Digitized by Google

écriture et sa signature seront reconnues par deux témoins dignes de foi. Ainsi, de deux choses l'une : ou le testament du 11 avril 1776 a été reconnu dans la forme prescrite par la coutume, ou il ne l'a pas été. S'il ne l'a pas été, il est nul, ou du moins sans effet quant à présent, et tant que cette formalité n'aura pas été remplie. S'il l'a été, pourquoi le cit. Bosquet ne produit-il pas devant vous le procès-verbal de reconnaissance? Pourquoi ne l'a-t-il produit, ni devant les premiers juges, ni devant le tribunal d'appel? C'est sans doute parceque les témoins ont déclaré que le testament, tel qu'il existe aujourd'hui, était entièrement écrit de la main de Marguerite Richir; c'est sans doute parceque leurs déclarations se trouvent en opposition avec son système.

» Qu'importe, au surplus, que des présomptions assez fortes appuient le système du cit. Bosquet? Des présomptions peuvent bien faire admettre, elles peuvent même faire réussir une inscription de faux, mais elles ne peuvent jamais la suppléer.

» Mais allons plus loin encore, supposons que, par le testament du 11 avril 1776, Marguerite et Marie-Catherine Richir ne se soient réservé que le droit de le révoquer *conjointement;* quel sera l'effet de cette réserve ainsi limitée?

» Si nous consultons le droit commun des pays où sont admis les Testamens conjonctifs, il nous dira que ces sortes de testamens sont toujours révocables de la part du survivant des co-testateurs, lors même qu'ils contiennent la clause de ne pouvoir être révoqués que par une disposition conjonctive, à moins que les co-testateurs n'aient expressément disposé des biens l'un de l'autre.

» Si nous consultons la coutume de Liége, elle nous dira, chap. 10, art. 4 et 5, que le survivant du mari et de la femme, les seuls à l'égard desquels elle s'explique sur les Testamens conjonctifs, peut toujours révoquer le testament qu'il a fait avec le prédécédé, à moins qu'il ne reste des enfans de leur mariage.

» Cela posé, dira-t-on que la coutume de Liége, dans l'hypothèse à laquelle nous voulons bien nous prêter, a été violée par le jugement dont se plaint le cit. Bosquet? Mais la coutume de Liége ne parle pas des Testamens conjonctifs entre personnes qui ne sont pas unies par les nœuds du mariage; et s'il est permis de leur appliquer ce qu'elle dit des Testamens conjonctifs entre époux, la conséquence qui résultera de cette extension, bien loin d'être favorable au cit. Bosquet, tournera directement contre lui. Il aura beau réclamer les opinions des commentateurs : les opinions des commentateurs qu'il cite bien ou mal, ne sont pas des lois; et ce n'est que pour contravention expresse à des lois positives, qu'un jugement en dernier ressort peut être cassé.

Dira-t-on que le jugement attaqué a contrevenu au droit commun?

» Mais d'abord, le droit commun, en matière de Testamens conjonctifs, de quoi se compose-t-il? Ce n'est pas de textes précis et formels des lois romaines, car les lois romaines ne disent pas un mot des Testamens conjonctifs; c'est uniquement d'opinions d'auteurs et d'arrêts. Ainsi, juger révocable un Testament conjonctif que les auteurs et les arrêts tiennent pour irrévocable, ce n'est pas juger contre les lois; ce n'est conséquemment pas juger de manière à donner prise à la cassation.

» Ensuite, quel est le cas où les auteurs et les arrêts s'accordent à regarder un Testament conjonctif comme irrévocable de la part du dernier vivant des co-testateurs? Nous l'avons déjà dit, c'est celui-là et celui-là seul, où les co-testateurs ont expressément disposé des biens l'un de l'autre. Or, dans notre espèce, Marguerite Richir a-t-elle disposé des biens de sa sœur en même temps que des siens? Marie-Catherine Richir a-t-elle disposé des biens de Marguerite en même temps que de son propre patrimoine? Non; elles ont l'une et l'autre disposé purement et simplement; et dès-là, on doit croire, d'après ce qu'enseignent Mynsinger, Stockmans, Pollet, Voët, Louvrex, Sohet, tous les auteurs en un mot qui se sont occupés de cette matière, et dont nous vous avons mis les termes sous les yeux à votre audience du 13 vendémiaire dernier (1), on doit croire, disons-nous, qu'elles n'ont disposé chacune que des biens qui lui appartenaient personnellement, qu'elles n'ont disposé chacune que de sa portion indivise dans les biens qu'elles possédaient en commun.

» Ainsi, le jugement attaqué n'a pas même contrevenu, il n'a même fait que se conformer, à ce qu'on appelle le droit commun des pays de Testamens conjonctifs, en déclarant valable le testament par lequel Marie-Catherine Richir a révoqué celui qu'elle avait fait conjointement avec sa sœur.

» Prétendra-t-on que du moins il a rendu sans effet la clause par laquelle, dans le Tes-

(1) *V.* le §. précédent.

Digitized by Google

tament conjonctif du 11 avril 1776, les deux sœurs avaient renoncé à la faculté de le révoquer autrement que par une disposition commune? Mais en jugeant ainsi, quelle loi a-t-il violée? Aucune, et bien loin de là; il n'a fait qu'obéir à la loi 22, D. *de legatis* 3°, suivant laquelle, *nemo eam sibi potest legem dicere, ut à priore recedere non liceat.*

» Jusqu'à présent, nous n'avons fait que marcher de suppositions en suppositions. Nous avons supposé valable le Testament conjonctif du 11 avril 1776, et cependant il est bien constamment nul. Nous avons supposé que ce testament ne réservait pas à la dernière vivante des co-testatrices le droit de le révoquer, et cependant il contient expressément cette réserve dans une clause qui n'est pas attaquée par l'inscription de faux. Nous avons supposé qu'il n'accordait qu'aux deux sœurs la faculté de le révoquer simultanément; et cependant, tel qu'il est, tel qu'il sera jusqu'à l'inscription de faux, il accorde expressément cette faculté à l'une et à l'autre. Dans toutes ces suppositions, assurément bien gratuites, nous avons démontré que le jugement du tribunal civil du département de Sambre-et-Meuse est à l'abri de la cassation; mais ce n'est pas encore assez: il faut aller jusqu'à supposer à la fois et la validité et l'irrévocabilité d'un Testament conjonctif; il faut, dans cette supposition nouvelle, examiner si le tribunal civil du département de Sambre-et-Meuse a violé quelque loi, en jugeant que Marie-Catherine Richir avait pu disposer, après la mort de sa sœur, d'un bien qu'elle avait acquis après que la mort de sa sœur avait rendu leur testament irrévocable.

» Sur cette question, le tribunal de Sambre-et-Meuse a pensé que Marguerite et Marie-Catherine Richir n'avaient voulu disposer, par leur Testament conjonctif du 11 avril 1776, que des biens dont elles se trouvaient saisies à cette époque. Il ne s'est pourtant pas dissimulé qu'elles s'étaient réciproquement instituées héritières l'une de l'autre, et qu'elles avaient formellement institué le cit. Bosquet héritier universel de la dernière vivante; il a aussi reconnu qu'en thèse générale, l'institution d'un héritier doit se référer à tout ce qui compose la succession du testateur, et par conséquent embrasser même les biens acquis après le testament; mais il a cru que, dans l'espèce, l'institution du cit. Bosquet devait être restreinte par le motif consigné dans le préambule du Testament conjonctif, et qui n'est applicable qu'aux biens actuels des co-testatrices: *souhaitant*, y est-il dit, *disposer des biens que nous possédons.*

» Cette opinion, nous devons le dire, n'est rien moins que juste. Elle contrarie deux principes de droit également notoires, également consacrés par les lois romaines: l'un, que les motifs d'une disposition testamentaire ne peuvent ni vicier ni atténuer la disposition elle-même, *causa legandi legato non cohæret;* l'autre, que l'hérédité d'un défunt consiste dans tout ce qu'il possédait à l'instant de sa mort: *hereditas est successio in universum jus quod quis mortis tempore habuit.*

» De ces deux principes, il résulte évidemment que le cit. Bosquet a été appelé par Marguerite et Marie-Catherine Richir, à tous les biens qu'elles laisseraient à leur mort. Et certainement si Marie-Catherine Richir n'avait pas, en 1790, disposé au profit du cit. Barré, du domaine de la Couture, ce domaine aurait appartenu au cit. Bosquet, en vertu de l'institution que contenait en sa faveur le testament du 11 avril 1776.

» Mais si le tribunal de Sambre-et-Meuse s'est trompé dans les motifs qui ont déterminé son jugement, le dispositif de son jugement n'en est pas moins exact, même sur la question qui nous occupe en ce moment; et la chose est facile à saisir, en remontant au principe sur lequel se fondent les auteurs pour établir l'irrévocabilité d'un Testament conjonctif de la part du dernier vivant de deux testateurs qui ont disposé des biens l'un de l'autre.

» Ce principe est, comme le dit Pollet, part. 1, §. 32, qu'*on peut donner, à cause de mort, les biens d'un autre; et que, lorsque celui dont on donne les biens, consent à la donation, il est censé les donner lui-même à cause de la mort du vrai donateur;* que, *si on l'aime mieux, son consentement a la force d'un contrat;* que, *de quelque manière qu'on le prenne, la donation devient parfaite, et la chose donnée passe de plein droit au donataire par la mort du donateur.*

» Ainsi, dans la supposition que nous admettons ici, le Testament conjonctif du 11 avril 1776 n'est pas devenu irrévocable par la mort de Marguerite Richir, il n'est devenu tel, relativement aux biens de Marie-Catherine Richir, que parceque Marie-Catherine Richir avait consenti que sa sœur disposât de ses biens; que parceque sa sœur en avait disposé effectivement; que parceque le décès de sa sœur avait *consommé*, comme le dit encore Pollet, *la liberté* qu'avait celle-ci *de révoquer sa disposition à cause de mort;* en un mot, que parceque les biens de Marie-Catherine Richir étaient passés de plein droit au cit. Bosquet, par la mort de Marguerite.

» Mais de là même il résulte que l'effet de

Digitized by Google

cette irrévocabilité n'a pas pu s'étendre à des biens qui n'existaient pas encore au moment de la mort de Marguerite Richir; car Marguerite Richir n'a pas pu transmettre au cit. Bosquet des biens qui, au moment de sa mort, étaient encore dans le néant. Le cit. Bosquet ne pourrait donc pas prétendre à ces biens, comme succédant à Marguerite Richir; il ne pourrait les recueillir que comme successeur de Marie-Catherine Richir, dernière vivante; et Marie-Catherine Richir en ayant disposé à son exclusion, il se trouve nécessairement sans titre pour les réclamer.

» Ainsi, même dans la supposition la plus favorable au cit. Bosquet, le tribunal de Sambre-et-Meuse a bien jugé, quoiqu'il ait mal motivé son jugement. Nous estimons en conséquence qu'il y a lieu de rejeter la requête du demandeur, et de le condamner à l'amende ».

Arrêt du 22 messidor an 11, au rapport de M. Poriquet, qui adopte ces conclusions,

« Attendu, sur le premier moyen, que les parties ont été ouïes à l'audience du 24 thermidor an 6;

» Attendu, sur le deuxième moyen, que le demandeur n'avait pas même articulé ni offert de prouver les faits à la preuve desquels il se plaint cependant de n'avoir pas été admis;

» Attendu enfin, sur le troisième moyen, que le jugement dénoncé n'a statué, ni sur la question de validité, ni sur celle d'irrévocabilité du Testament conjonctif du 11 avril 1776, et a seulement décidé, en interprétant les dispositions de ce testament, qu'il ne comprenait que les biens lors présens des testatrices; ce qui excluait de l'institution d'hérédité les biens qui, comme la ferme de la Couture, avaient été achetés par Marie-Catherine Richir, postérieurement au décès de la veuve Lacaille, et que, par cette interprétation purement de fait, les juges d'appel de Sambre-et-Meuse n'ont contrevenu à aucune loi ».

§. III. *Les Testamens conjonctifs qui ont été faits avant le Code civil, dans les pays où cette forme de disposer était en usage, ont-ils été anéantis par la survie des testateurs à la promulgation de l'art.* 968 *de ce Code?*

Cette question dépend du même principe que celle qui s'est présentée en 1813 à la cour de cassation au sujet d'un don mutuel fait par un seul et même acte, le 13 frimaire an 4, entre un mari et une femme dont le premier mourant n'était décédé qu'en septembre 1805.

On prétendait, dans cette espèce, et la cour d'appel de Montpellier avait jugé que la disposition de l'art. 1097 du Code civil qui prohibe les donations mutuelles entre époux par un seul et même acte, n'était pas de pure forme, qu'elle était relative à la *capacité*, et que, par suite, elle devait s'appliquer aux donations mutuelles antérieures entre mari et femme, dont l'effet ne s'était ouvert que depuis la promulgation de cet article.

Mais ce système n'a pu soutenir le choc d'une discussion approfondie; et par arrêt de la cour de cassation, du 23 juin 1813, rendu sur mes conclusions, celui de la cour de Montpellier a été cassé à l'unanimité des voix (1).

C'est assez dire que, par la même raison, les Testamens conjonctifs qui ont été faits, avant le Code civil, dans les pays dont les lois ou les usages les autorisaient, doivent recevoir leur pleine exécution, quoique les testateurs aient tous survécu, sans les révoquer, à la promulgation de l'art. 968 qui prohibe cette forme de disposer.

Et c'est ce qu'ont effectivement jugé un arrêt de la cour d'appel de Turin, du 25 juin 1809, rapporté dans le recueil de Denevers, année 1810, part. 2, page 27, un arrêt de la cour d'appel de Liége, du 28 mars 1809, rapporté dans les *décisions notables de la cour d'appel de Bruxelles*, tome 17, page 132, et un arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles, du 14 janvier 1817, dont voici le prononcé:

« Attendu que le Testament conjonctif querellé par les appelans a été passé valablement au temps de sa confection;

» Qu'ainsi, il ne s'agit, quant au moyen que les appelans proposent contre la validité du testament en question, que d'examiner si l'art. 968 du Code civil qui prohibe les Testamens conjonctifs, a annulé ou rendu ce qu'on appelle en droit *irritum* ledit Testament, quoique valable à l'époque de sa confection;

» Attendu que ledit art. 968 est placé sous la rubrique du Code qui régit les formes des Testamens, et ne défend au surplus les Testamens de plusieurs testateurs, que lorsqu'ils sont faits dans un même acte; de sorte que ces testateurs sont habiles à faire les mêmes dispositions, lorsque celles-ci sont faites dans des actes séparés;

» Qu'ainsi, l'article précité ne prohibe que

(1) *Répertoire de jurisprudence*, aux mots *Don mutuel*, §. 2, n° 2 *bis*.

Digitized by Google

la forme des Testamens conjonctifs, sans toucher à la capacité des testateurs; d'où il suit que, dans l'espèce, le Testament dont il s'agit, valable dans sa forme, d'après les lois de sa confection, est resté tel malgré la disposition du prédit art. 968, qui, d'après ce qui précède, ne concerne que la forme extrinsèque des Testamens....;

» La cour met l'appel au néant, condamne les appelans à l'amende et aux dépens (1) »

§. IV. *Autres questions sur les Testamens conjonctifs.*

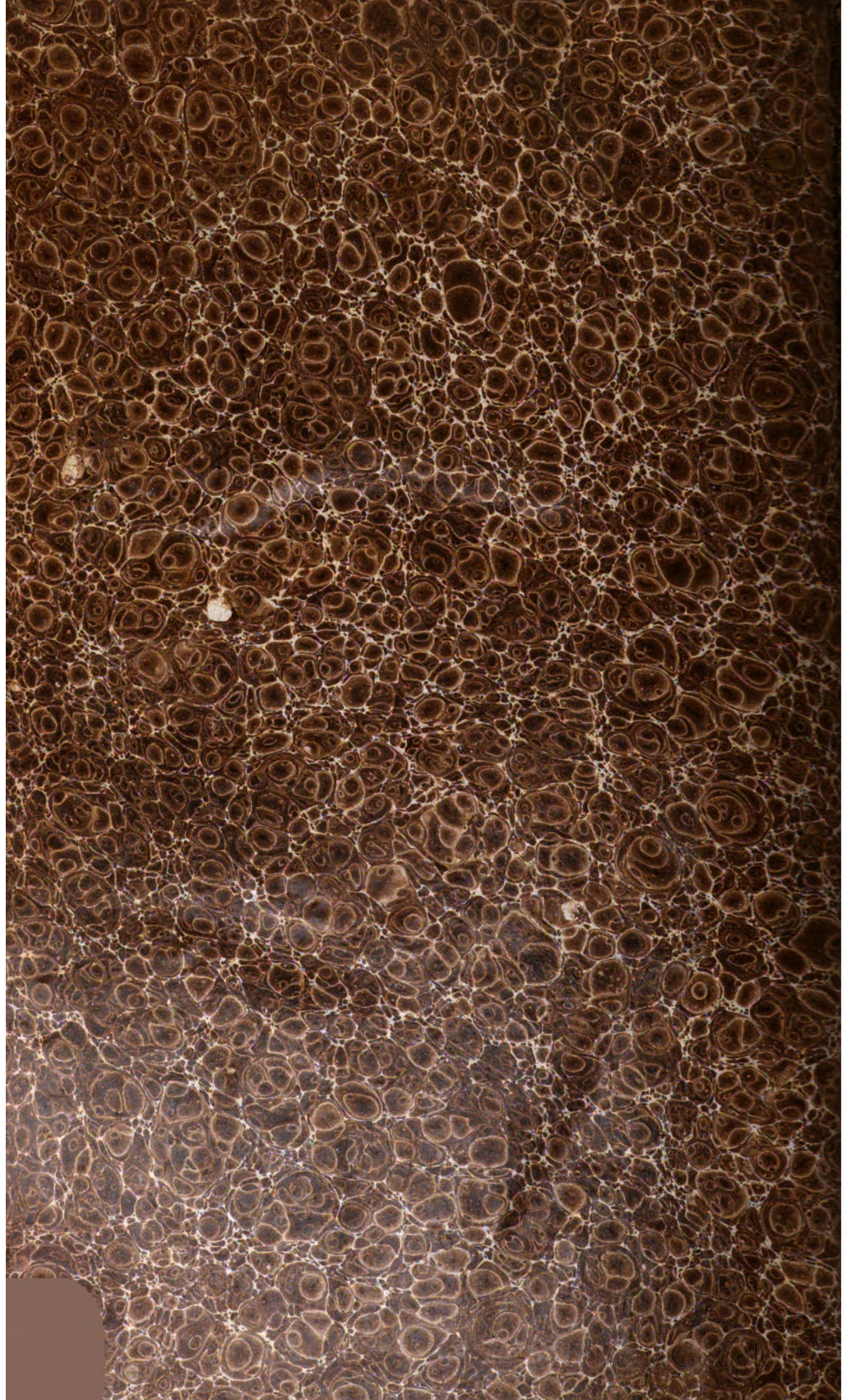
V. l'article *Succession future* (*Pacte sur une*).

(1) *Jurisprudence de la cour supérieure de Bruxelles*, année 1817, tome 2, page 2[illegible]

FIN DU QUINZIÈME VOLUME.

Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google

Digitized by Google